

ELİF CEMRE HAZIROĞLU

TÜRK TİCARET KANUNU AÇISINDAN KURUCU MENFAATLERİ

Bilkent Üniversitesi 2017

TÜRK TİCARET KANUNU AÇISINDAN KURUCU MENFAATLERİ

Doktora Tezi

ELİF CEMRE HAZIROĞLU

Hukuk Bölümü

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

Ankara

Şubat 2017

Annem ve babama

TÜRK TİCARET KANUNU AÇISINDAN
KURUCU MENFAATLERİ

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

ELİF CEMRE HAZIROĞLU

Özel Hukuk Disiplininde Doktora Derecesi Kazanma
Yükümlülüklerinin Parçasıdır

HUKUK BÖLÜMÜ
İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ
ANKARA

Şubat 2017

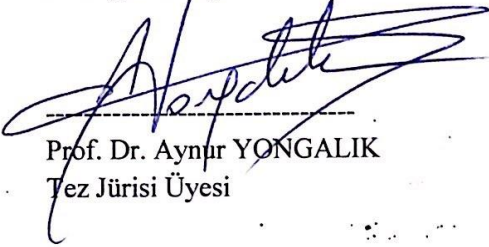
Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Özel Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ
Tez Danışmanı



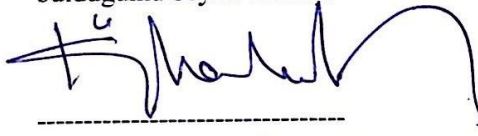
Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Özel Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Prof. Dr. Aynur YONGALIK
Tez Jürisi Üyesi



Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Özel Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT
Tez Jürisi Üyesi



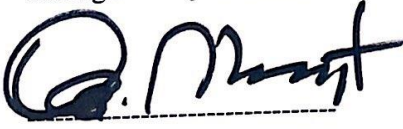
Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Özel Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Prof. Dr. Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK
Tez Jürisi Üyesi



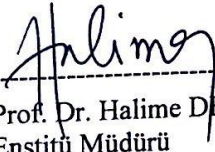
Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Özel Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Doç. Dr. Çağlar MANAVGAT
Tez Jürisi Üyesi



Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü'nün onayı

Prof. Dr. Halime DEMİRKAN
Enstitü Müdürü



ABSTRACT

BENEFITS OF FOUNDERS IN ACCORDANCE WITH THE TURKISH COMMERCIAL CODE

Hazirolu, Elif Cemre

Ph.D., Department of Law

Supervisor: Prof. Dr. Zühtü Aytaç

February 2017

Firstly, it was attempted in this work to ascertain the importance of possessing the ‘founder’ title in joint-stock companies, and its results with respect to the activities of the company and legal responsibilities arising thereof, within the time period starting with the signature of Articles of Association until the registration of the company to the Commercial Register. One of the results of possessing the abovementioned title is being granted certain rights under the name of ‘benefits of founders’, provided that it is foreseen in the Articles of Association. The detailed analysis of the rights that can be granted through these benefits, the possible subjects of these rights and the relationship between the right owners and the joint-stock company constitute the subsequent and more comprehensive part of this work.

Keywords: Benefits of Founders, Foundation of the Company, Founders, Joint-Stock Company.

ÖZET

TÜRK TİCARET KANUNU AÇISINDAN KURUCU MENFAATLERİ

Hazıroğlu, Elif Cemre

Doktora, Hukuk Bölümü

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Zühtü Aytaç

Şubat 2017

Bu çalışmada, öncelikle, anonim ortaklıklarda ‘kurucu’ sıfatını haiz olmanın, esas sözleşmenin imzalanmasından ortaklığın ticaret siciline tesciline kadarki dönemde gerçekleştirilen faaliyetler ile anılan faaliyetlerden doğan sorumluluk açısından taşıdığı önem saptanmaya çalışılmıştır. ‘Kurucu’ sıfatına bağlanan sonuçlardan bir tanesi de, esas sözleşmede öngörülmesi halinde, ‘kurucu menfaatleri’ çerçevesinde gerçekleşebilen çeşitli hak edinimleridir. ‘Kurucu menfaatleri’ aracılığıyla tanınabilecek haklar, söz konusu hakların sağlanabileceği kişiler ve kurucu menfaati sahipleri ile anonim ortaklık arasındaki ilişki konuları üzerine yapılan detaylı incelemeler, çalışmanın takip eden ve daha kapsamlı bölümünü oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Ortaklık, Anonim Ortaklığın Kuruluşu, Kurucu Menfaatleri, Kurucular.

TEŞEKKÜR

Doktora çalışmalarına başladığım ilk günden beri gerek akademik gerek manevi anlamda desteğini benden eksik etmeyen, geçen yıllar içerisinde, akademik ve tez danışmanım olmaktan çok öteye geçerek ailemin bir bireyi haline gelen; tez konumun belirlenmesinden, çalışmayı nihayete erdirdiğim ana değin her adımda bana yol gösteren, değerli birikimlerinden faydalanmama olanak tanıyarak beni onurlandıran kıymetli hocam Prof. Zühtü AYTAÇ'a en derin şükranlarımı sunarım. Ayrıca, yine hem akademik, hem kişisel anlamda içinden çıkamadığım her soru ve sorunda değerli vakitlerini bana ayırarak çözüm bulma sürecimi kolaylaştıran Fakültemiz Ticaret Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyeleri Doç. Dr. Çağlar MANAVGAT, Yrd. Doç. Dr. Aslı E. GÜRBÜZ USLUEL, Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR ve Tez İzleme Komitesi üyesi Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT'a çok teşekkür ederim.

Doktora tezimin İsviçre ve Alman hukuku öğretilerinden yararlanılmak suretiyle daha kapsamlı bir yapıya kavuşmasını, tez araştırması için gitmiş olduğum Humboldt Üniversitesi'nde yaptığım çalışmalara borçluyum. Bu seyahati olanaklı kılan Anabilim Dalı üyelerimize, Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Turgut TAN ile maddi destekleri için TÜBİTAK Bilim İnsanı Destekleme Daire Başkanlığına ayrıca teşekkürlerimi sunarım. Humboldt Üniversitesi'nde geçirdiğim zaman, bahsi geçen Üniversite'de birlikte çalışma şansını elde ettiğim Prof. Dr. Christoph KUMPAN'ın daveti ve misafir araştırmacı olarak bulunduğum anabilim dalının sekreteri Angela

HUHN ile doktora öğrencilerinin konukseverlikleri olmasaydı böylesine verimli ve keyifli bir dönem olarak aklımda kalmazdı; bu nedenle onlara da her zaman müteşekkir olacağım.

Tez yazım sürecinin büyük bir kısmı, Üniversitemiz Hukuk Fakültesi'ndeki ofisimde gerçekleşti. Bu süreçte hukuki ve dilbilgisel açıdan takıldığım her noktada kendi çalışmalarını askıya alarak benimle sorun çözmeye çabalayan, yanımda olduklarını her zaman hissettiren, sayelerinde oldukça sancılı geçebilecek bir dönemi görece kolay atlattığım ofis arkadaşlarıma da tüm destekleri için teşekkür ederim. İyi ki varsınız.

Nihayet, iyisiyle kötüsüyle bugün olduğum kişi olmamda hep 'iyi' tarafı güçlendirmeye çabalayan; bana çalışmayı, azmi, kendime güvenmeyi, ancak en çok da sevmeyi ve sevilmeyi öğreten en kıymetlilerim, biricik anne ve babama tüm emekleri, sonsuz destekleri teşekkür ederim. Minnettarlığım, saygım ve sevgimin kelimelerle ifadesi mümkün değil.

İÇİNDEKİLER

ABSTRACT	I
ÖZET.....	II
TEŞEKKÜR	III
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR	VIII
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: KURUCULAR	4
I. KURUCU TANIMI.....	4
1. Ani Kuruluşta	4
2. Halka Arzlı Kuruluş Modelinde	8
II. KURUCU SAYISI	11
III. KURUCULARIN SAHİP OLMASI GEREKEN NİTELİKLER.....	12
IV. ANONİM ORTAKLIĞIN TESCİLİ ÖNCESİNDE KURUCULARIN BİRBİRLERİ VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE OLAN İLİŞKİLERİ.....	14
1. Ön Ortaklık Statüsü	14
2. Kurucuların Ortaklığın Tüzel Kişilik Kazanmasından Önce Üçüncü Kişilerle Yapılan İşlemlerden Sorumluluğu.....	20
A. TTK md. 355/2 kapsamına dâhil olmayan işlemlerden kaynaklanan sorumluluk	20
B. TTK md. 355/2 kapsamında değerlendirilen işlemlerden kaynaklanan sorumluluk	22
C. Kuruluş giderlerinden kaynaklanan sorumluluk (TTK md. 355/3).....	26
V. KURULUŞTAKİ EKSİKLİKLERİN HUKUKİ SONUÇLARI.....	31
1. Kuruluşta Fesih Davası.....	31
2. Kurucuların Kuruluş İşlemlerinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu	37

VI. KURUCULARIN İBRASI.....	48
İKİNCİ BÖLÜM: GENEL OLARAK KURUCU MENFAATLERİ.....	53
I. TTK'DAKİ DÜZENLENİŞİ.....	53
II. KAVRAM, DÜZENLENİŞ AMACI VE KONUSU	55
III. KURUCU MENFAATLERİNİN TANINABİLECEĞİ KİŞİLER	58
IV. KURUCU MENFAATLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	69
V. KURUCU MENFAATLERİNİN TANINMASININ KOŞULLARI.....	76
1. Kurucu Menfaatlerinin Hangi Anda Tanınabileceği Sorunu.....	76
2. Esas Sözleşmede Öngörülme ve Esas Sözleşmenin Tescili	79
3. Kurucu Menfaatlerinin Senede Bağlanması ve Geçerlilik Koşulu Olup Olmadığı Sorunu.....	89
VI. KURUCU MENFAATLERİNİN DEVREDİLEBİLİRLİĞİ	91
VII. KURUCU MENFAATLERİNİN BENZER DÜZENLEMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI	97
1. Katılma İntifa Senetleri	97
2. Oydan Yoksun Paylar	103
3. İmtiyazlı Paylar.....	107
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: KURUCU MENFAATLERİNİN KAPSAMI	116
I. KURUCU MENFAATLERİNE KONU OLABİLECEK HAKLARA İLİŞKİN YASAL SINIRLAR	116
1. Anonim Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkelerinden, Emredici Hükümlerden ve Kurucuların Pay Sahipliği Sıfatından Kaynaklanan Sınırlar	116
A. Anonim Ortaklık Malvarlığının Korunması İlkesi	119
B. Anonim Ortaklık Organlarının Münhasır Yetkileri.....	122
C. Eşit İşlem İlkesi	124
D. Pay Sahiplerinin Anonim Ortaklığa Borçlanma Yasağı.....	126
2. TTK md. 348 Hükmünden Kaynaklanan Sınırlar	128
A. TTK md. 348 Hükmünün İşlevi	128
a. Tasfiye Payı ve Yeni Pay Alma Haklarına İlişkin TTK Düzenlemelerinin TTK md. 348 Hükmü ile Bağdaşıp Bağdaşmadığı Sorunu	128
b. Kurucu Menfaatleri (TTK md. 348) ile Olağan İntifa Senetleri (TTK md. 502, 503) Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi.....	134
B. Kâr Payına İlişkin Olarak Öngörülen Sınırlar	142
3. TTK'nın İlgili Diğer Hükümlerinin Yorumlanması Sonucu Ortaya Çıkan Olası Diğer Sınırlar	142

II. KURUCU MENFAATLERİNE KONU OLABİLECEK HAKLAR.....	145
1. Genel Olarak.....	145
2. Kâr Payı Alma Hakkı	151
A. TTK'da Kâr Kavramı	151
B. Pay Sahiplerinin Kâr Payı Alma Hakkı.....	158
C. Kurucu Menfaatleri Bağlamında Kâr Payı Alma Hakkı	159
a. TTK'da Öngörülen Sınırlar	159
b. Kuruculara Dağıtılacak Kâr Payının Ortaklığın İlk Esas Sermayesi ile Sınırlı Olup Olmadığı Sorunu.....	177
c. Kurucuların Kâr Payı Alma Haklarının Muacceliyeti.....	186
D. Kurucuların Kâr Payı Alma Haklarının Pay Sahiplerinin Haklarına Etkileri.....	187
3. Kâr Payı Alma Hakkı Haricindeki Mali Nitelikteki Haklar	188
 DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: KURUCU MENFAATLERİNİN SINIRLANDIRILMASI VE ORTADAN KALDIRILMASI.....	194
I. GENEL OLARAK	194
 II. KURUCU MENFAATLERİNİ DOĞRUDAN SINIRLANDIRAN VEYA ORTADAN KALDIRAN GENEL KURUL KARARLARI.....	196
 III. KURUCU MENFAATLERİNİ DOLAYLI OLARAK SINIRLANDIRAN VEYA ORTADAN KALDIRAN GENEL KURUL KARARLARI	203
1. Sermaye Artırımı	205
2. Sermayenin Azaltılması.....	209
3. Belirli Bir Süre İçin Kurulan Anonim Ortaklığın Sözleşmede Öngörülen Süreden Önce Sona Erdirilmesi veya Devamına Karar Verilmesi	211
4. Yapısal Değişiklikler	212
 IV. HALKA AÇILMADA KURUCU İNTİFA SENETLERİNİN İPTALİ (TTK md. 348/2).....	214
 V. KURUCU MENFAATLERİNİN İHLALİNDE DAVA OLANAKLARI	219
1. Genel Olarak.....	219
2. Davalar.....	220
 SONUÇ.....	230
 KAYNAKÇA	İ

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz
AktG	: Aktiengesetz
APOK	: Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
Art.	: Artikel
AŞ	: Anonim şirket
aşa.	: Aşağıda
Aufl.	: Auflage
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
bkz.	: Bakınız
BSK OR II	: Basler Kommentar, Obligationenrecht II
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
eSerPK	: Eski Sermaye Piyasası Kanunu
eTTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
GK	: Genel kurul
HD.	: Hukuk Dairesi
Hrsg.	: Herausgeber
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
K.	: Karar
KİS	: Katılma intifa senedi
md.	: Madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

MüKo	: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
Nr.	: Nummer / Numara
OR	: Obligationenrecht
OYP	: Oydan yoksun pay
OYPT	: Oydan Yoksun Paylara İlişkin Tebliğ
PT	: Pay Tebliği
Rn.	: Randnummer
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SerPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SHK FusG	: Fusionsgesetz, Stämpflis Handkommentar
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TST	: Ticaret Sicili Tüzüğü
TSY	: Ticaret Sicili Yönetmeliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
yuk.	: Yukarıda

TÜRK TİCARET KANUNU AÇISINDAN KURUCU MENFAATLERİ

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 337/1 hükmünde verilen tanım uyarınca anonim ortaklıklarda pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalamak suretiyle kazanılan ‘kurucu’ sıfatı, esasında, yalnızca anonim ortaklık esas sözleşmesinin imzalanmasından, anonim ortaklığın ticaret siciline tesciline kadar geçen sürede gerçekleştirilen faaliyetler ile bu faaliyetlerden doğacak sorumluluk bakımından bir anlam taşımaktadır. Nitekim pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalayan kişiler, anonim ortaklığın ticaret siciline tescilinden itibaren, anonim ortaklığa ilişkin olarak yapacakları tüm işlem ve fiillerde, yalnızca ‘pay sahibi’ olarak anılmaktadırlar. ‘Kurucu’ sıfatının hukuken bir anlam taşıdığı dönem, bir anonim ortaklığın olağan koşullarda varlığını sürdürdüğü zamana kıyasla oldukça kısa olmasına ve hatta anonim ortaklığın henüz kuruluşunu bile tamamlamamış bulunduğu bir döneme karşılık gelmesine karşın, TTK’nın bu sifata bağladığı bazı sonuçlar, anonim ortaklık sona erinceye kadar etkilerini göstermektedir. Kurucu sıfatına bağlanan ve anonim ortaklığı mevcudiyetinin son anına kadar etkileyen hallerden bir tanesini de, kuruculara TTK md. 348 çerçevesinde “Kurucu Menfaatleri” tanınması hali oluşturmaktadır.

Doğrudan kurucu menfaatlerine ilişkin olarak 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (eTTK) sevk edilen tek hüküm olan eTTK md. 298 (TTK md. 348) düzenlemesi,

özellikle kurucu menfaatleri ile olağan intifa senetleri (eTTK md. 402, 403; TTK md. 502, 503) arasındaki ilişki açısından, bahis konusu kanun döneminde de tartışma konusu olmuştur. Bununla birlikte 6102 sayılı TTK ile Kanun kapsamına alınan TTK md. 348 hükmünün ikinci ve üçüncü fıkraları, gerek eski ve yerleşik düzenden ayrılmaları, gerekse belirli derecede alışılmış dışı çözümler sunmaları nedeniyle, düzenlemeyi daha da incelemeye değer hale getirmiştir. Ayrıca kurucu menfaati olarak tanınabileceği öngörülen anonim ortaklık kârından pay alma hakkı, pay sahiplerinin mali haklarından birini, hatta belki de en önemlisini teşkil ettiğinden, pay sahiplerinin haklarına etkileri bağlamında da kurucu menfaatlerinin kapsamlı değerlendirmelere tabi tutulması gerekmektedir. Ana hatları ile bu gerekçeler, çalışmanın konusunun “Türk Ticaret Kanunu Açısından Kurucu Menfaatleri” olarak belirlenmesine zemin hazırlamıştır. Bu çerçevede, öncelikle, kısa süreli uygulamasına rağmen ‘kurucu’ sıfatının anonim ortaklık açısından taşıdığı önemin gerekçelerinin saptanabilmesi adına; Kanun’daki ‘kurucu’ tanımı, anonim ortaklıktaki kurucu sayısı, kurucuların sahip olması gereken nitelikler, anonim ortaklığın tescili öncesinde kurucuların birbirleriyle ve üçüncü kişilerle olan ilişkileri, kuruluştaki eksikliklerin hukuki sonuçları, kuruluş işlemlerinden kaynaklanan sorumluluk ve ibra konuları ekseninde, ‘kurucu’ pozisyonunun ifade ettiği anlam tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu şekilde oluşturulan birinci bölümü takiben, kurucu menfaatlerinin TTK’daki düzenleniş biçimi, amacı, konusu ve hukuki niteliği ile tanınmasının koşulları ve tanınabileceği kişiler belirlenecektir. Benzer düzenlemelerle karşılaştırmalar yapılmak suretiyle, genel olarak ‘kurucu menfaatleri’ kurumunun anlaşılmasına çaba gösterilecektir. Ardından, TTK hükümleri çerçevesinde, kurucu menfaatlerinin önce kapsamı sınırlanacak; daha

sonra, kuruculara tanınabilecek menfaatlerin münhasıran tespiti ve değerlendirilmesi yoluna gidilecektir. Takip eden bölümde, ilk olarak, kurucu menfaatlerinin hukuki niteliği ile bağlantılı olarak, bunların anonim ortaklığın tek taraflı olarak alacağı bir kararla sınırlanıp sınırlanamayacağı sorusu cevaplandırılmaya çalışılacaktır. Nihayet, halka açılmada kurucu intifa senetlerinin karşılıksız olarak iptaline ilişkin TTK düzenlemesi değerlendirilecek; ortaklığın, menfaatleri doğrudan ya da dolaylı olarak ihlal etmesi arasında, menfaat sahiplerinin kendilerini söz konusu ihlallere karşı savunma olanakları açısından ne gibi farklılıklar gündeme gelebileceği tartışılacaktır. Tüm bu değerlendirmeler yapılırken, birincil kaynağı Türk öğretileri ve Yargıtay kararları teşkil edecek olmakla birlikte, kurucu menfaatlerine ilişkin olarak benzer düzenlemeleri bünyelerinde barındıran ve konunun incelenmesi sırasında dikkate alınması gereken bazı hükümlerin mehzarını oluşturan İsviçre ve Alman hukuku öğretilerinden de yararlanılacaktır. Türk hukukuna ilişkin tespit ve değerlendirmelerde yabancı eserlere yapılan atıflar, Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında yer alan, kurucu menfaatlerine ilişkin düzenlemelerin, bu üç hukukta da ortak olan noktalarına ilişkindir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KURUCULAR

I. KURUCU TANIMI

1. Ani Kuruluşta

eTTK md. 278 kurucuları, esas sözleşmeyi düzenleyen, imzalayan ve esas sözleşmede belirli miktarda parayı veya paradan başka bir şeyi taahhüt eden pay sahipleri olarak ve tedrici kuruluşta, esas sözleşmeyi imza etmeksizin paradan başka bir şeyi sermaye olarak getiren pay sahipleri şeklinde tanımlamıştı.¹ Ancak tedrici kuruluşta halka arz, sermaye piyasası mevzuatı hükümlerine göre gerçekleştirileceğinden ve anılan mevzuatın ilgili hükümleri uyarınca, kuruluşta pay senetlerinin halka arzında aynı sermaye karşılığında pay senedi ihracı mümkün olmadığından,² ‘esas sözleşmeyi imzalamaksızın aynı sermaye getiren pay sahipleri’

¹ Tanımdaki açık ifadeye rağmen, esas sözleşmenin kurucular tarafından düzenlenmesinin zorunlu olmadığı, böyle bir kabulün güçlülere neden olacağı görüşü için Bkz. *Bahtiyar*, M.: Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001 (Anasözleşme), s. 32 dn. 92. *Poroy* ise (*Poroy*, R., *Tekinalp*, Ü., *Çamoğlu*, E.: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2009 (Ortaklıklar Hukuku), s. 284 Nr. 486), kanuna uygun olarak düzenlenen esas sözleşmenin kurucuların vekilleri tarafından da imzalanabileceğini belirtmektedir.

² 2499 sayılı eski Sermaye Piyasası Kanunu (30.7.1981 tarih ve 17416 sayılı Resmi Gazete) md. 7/3: “Halka arz yoluyla satılan hisse senedi bedellerinin tam olarak nakden ödenmesi şarttır.”, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) (30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmi Gazete) md. 12/1: “İhraç olunan payların bedellerinin tamamen ve nakden ödenmesi şarttır.” 2499 sayılı SerPK ile halka arza ilişkin öngörülen hükümlerin eTTK’nın halka arz hükümleri ile çelişkileri ve bu nedenle uygulanamaz hale geldiği ifade edilen diğer eTTK hükümleri için bkz.: *Poroy* (*Tekinalp/Çamoğlu*), Ortaklıklar Hukuku, s. 288, 289 Nr. 492, 493.

şeklinde bir grup oluşmamakta, dolayısıyla söz konusu mevzuat hükümleri nedeniyle kurucu tanımının kapsamı daraltılmış olmaktadır.³

TTK ile tedrici kuruluşun Türk Ticaret Hukuku sisteminden çıkarılmış olması sonucunda ‘kurucu’ tanımı da değişmiş ve adı geçen pozisyon, sermaye piyasası mevzuatının ilgili hükümleri dolayısıyla daralan kapsamıyla tutarlı bir açıklamaya kavuşturulmuştur: TTK md. 337 hükmüne göre, “Pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler kurucudur.” Görüleceği üzere hüküm, tüzel kişilerin de anonim ortaklık kurucusu olabilecekleri hususuna da açıklık getirmektedir. Kurucuları tanımlayan hükümlerde (eTTK md. 278, TTK md. 337) her iki kanunda ortak olan fıkralarda ise, kurucuların kuruluş işlemlerini bir üçüncü kişi hesabına yapmaları halinde, kuruluştan doğan sorumluluk bakımından hesabına işlem yapılan kişinin de kurucu sayılacağı ve bu kişinin kendisi hesabına iş gören kişinin bildiği veya bilmesi gereken hususları bilmediğini ileri süremeyeceği ifade edilmektedir.

TTK md. 337 hükmünün ikinci fıkrası dolaylı temsili esas almakla birlikte, bahis konusu fıkranın hem tek başına hem de birinci fıkra hükmü ile birlikte değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkan bazı hüküm ve sonuçların dolaylı temsil kurumu ile tam anlamıyla bağdaştığını ifade etmek mümkün değildir: TTK md. 337 hükmünde, hesaba işlem yapan kişi ‘kurucu’ olarak değerlendirilmiştir (TTK md. 337/2); zira bu kişi payı kendi adına taahhüt etmekte ve esas sözleşmeyi de yine

³Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 282, 283 Nr. 484a.

kendi adına imzalamaktadır (TTK md. 337/1).⁴ Dolaylı temsil vasıtasıyla yapılan hukuki işlemde doğan haklar ve borçlar, önce temsilcinin hukuki alanında doğar; ancak daha sonra ikinci bir işlemle temsilci tarafından temsil olunana devredilir.⁵ Bu çerçevede, TBK uyarınca esasında hesabına işlem yapılan kişinin ‘kurucu’ sıfatından ve hesaba işlem yapan kişinin hak ve borçları temsil olunana devretmesinden önceki süreçte gerçekleştirilen işlemler bakımından sorumluluğundan söz edilememek gerektir. Zira dolaylı temsil olunanla dolaylı temsilcinin işlem yaptığı kişi arasında hiçbir hukuki sonuç doğmamaktadır.⁶ Bununla birlikte, TTK md. 337/2 uyarınca, dolaylı temsil kurumunun işletildiği hallerde hak ve borçlar temsilciye ait olmasına karşın, hesabına işlem yapılan kişi de sorumluluk hükümlerinin kapsamı açısından ‘kurucu’ sayılmaktadır.⁷ TTK md. 337 metninde açıkça ifade edilmemekle birlikte, hükmün iki fıkrasının bir arada değerlendirilmesiyle ortaya çıkan ve dolaylı temsil kurumunun genel ilkelerinden ayrılan bir diğer durum ise, hak ve borçları temsil olunana devrettikten sonra da hesaba hareket eden kişinin ‘kurucu’ sıfatının ve kuruluş işlemleri bakımından sorumluluğunun devam etmesidir. Bahis konusu durum, esasen temsil ve vekâlet hükümleriyle bağdaşmasa da,⁸ diğer pay sahipleri ve alacaklıların menfaatlerini dikkate alan kanun koyucu, hesabına hareket edilen

⁴ Ayrıca bkz. Tekinalp, Ü. (Poroy, R., Çamoğlu, E.): Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul 2014 (Ortaklıklar I), s. 308.

⁵ Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara 2016, s. 446; Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 630, Nr. 14.

⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 630; Oğuzman, K., Öz, T.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 13. Bası, İstanbul 2015, s. 212, Nr. 669.

⁷ Manavgat, Ç. (Kırca, İ., Şehirali Çelik, F.H.): Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013 (AŞ C.1), s. 286, 287.

⁸ Dolaylı temsilci hak ve borçları temsil olunana devrettiğinde, artık işlemin karşı tarafı ile temsil olunan arasında bir ilişki kurulmuş olur (Oğuzman/Öz, s. 212, Nr. 669).

kişilerin ‘kurucu’ sıfatını, hesaba hareket eden kurucuların yerine değil, yanında kabul etmiştir.⁹

İsviçre öğretisinde, ortaklığın ticaret siciline tescilinden önce ortaklık adına işlem yapan kişiler de,¹⁰ ortaklığın, tescili takiben İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) md. 645 (TTK md. 355/2) uyarınca bu işlemleri üstlenmemesi halinde, Kanun’daki tanımı itibariyle ‘kurucu’ kapsamına girmeseler dahi, adı geçen hüküm çerçevesinde ‘kurucu’ olarak değerlendirilmeleri gerektiği ifade edilmiştir.¹¹ Benzer şekilde, yine kuruluş işlemlerine ilişkin olarak, İBK md. 753 (TTK md. 549, 550 ve 551) uyarınca sorumluluğu gündeme gelebilecek kişilerin de ‘kurucu’ olarak nitelendirilmesi olasılığı üzerinde durulmuştur.¹² Kanımızca, kuruluş aşamasında sorumlulukları gündeme gelebilecek diğer kişiler de dâhil edilmek suretiyle, TTK md. 337 hükmünde açık biçimde tanımı yapılmış olan ‘kurucu’ kavramının kapsamının genişletilmesi yerinde olmayacak; böyle bir yaklaşım, kuruculara ilişkin diğer hükümlerin uygulanmasında karışıklığa yol açabilecektir. Kanun koyucu, ‘kurucu’ kavramını sadece sorumluluk hukuku açısından genişletmek istediğinde dahi, bunu açık bir hüküm aracılığıyla (TTK md. 337/2) gerçekleştirmiştir. Eğer TTK md. 355/2 hükmünün, tüm muhataplarına ‘kurucu’ sıfatını kazandırması arzu edilseydi, muhtemelen bu hususun TTK md. 337/2 hükmündekine benzer şekilde açıkça düzenlenmesi yoluna gidilirdi. Aynı yorumun, TTK md. 549 vd. hükümleri için de

⁹ Domanıç, H.: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi II, İstanbul 1988 (Şerh II), s. 132; Akdağ Güney, N.: Anonim Şirketlerde Kuruluş, İstanbul 2014 (Kuruluş), s. 56.

¹⁰ Yalnızca işlem ve taahhütleri doğrudan gerçekleştirenler değil, bu kişileri ilgili işlemleri yapmaya yönlendiren arka plandaki kişiler de İBK md. 645 kapsamında değerlendirilirler, bkz. Vischer, M.D.: “Die Geschäftsausübung für die AG in ihrem Gründungsstadium”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Zürich 2014 (Gründungsstadium), s. 64.

¹¹ Druey, J. N., Druey Just, E., Glanzmann, L.: Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich 2015, s. 112.

¹² Druey/Druey Just/Glanzmann, s. 112. Ancak her iki durumda da ‘kurucu’ olarak nitelendirilecek kişilerin bu sıfatı, yine yalnızca sorumluluk bakımından söz konusu olacaktır.

yapılması mümkündür. Konuya ilişkin İBK düzenlemesi (İBK md. 753) her ne kadar “Kuruluşta Sorumluluk” başlığı altında yapılmışsa da, bu hükümde de kurucuların yanı sıra yönetim kurulu üyeleri ile kuruluşa katılan diğer kişilerden bahsedilmekte ve sorumlu kişilerin kapsamı yalnızca kanuni tanım dâhilindeki kurucularla sınırlı tutulmamaktadır. Kaldı ki, adı geçen TTK maddelerinde sayılan işlemler ve bunların hukuka aykırı biçimde gerçekleştirilmesinden doğan sorumluluk, kuruluş aşaması ile sınırlı olmayıp, sermaye artırım halleri için de söz konusudur. Dolayısıyla, kuruluşa ilişkin işlemlerden sorumlu kişilerin kapsamının genişletilmesinin, ‘kurucu’ kavramının da kapsamının genişletilmesine ihtiyaç göstermediği kanısındayız.¹³

2. Halka Arzlı Kuruluş Modelinde

TTK, tedrici kuruluşu kaldırmış; ancak bu olanağın kaldırılması nedeniyle uygulamada çıkması muhtemel sorunların önüne geçebilmek adına 346. madde ile ‘halka arzlı kuruluş’ modelini getirmiştir. TTK md. 346 hükmü, kurucular tarafından zorunlu asgari sermaye payı bedelleri (TTK md. 344/1) ödenmeksizin anonim ortaklığın kurulmasına olanak tanımaktadır. Bu düzenleme uyarınca, sermaye paylarına ilişkin herhangi bir ödeme yapılmadan ticaret siciline tescil edilen anonim ortaklığın payları, tescilden itibaren en geç iki ay içinde halka arz edilecek ve nakdi payların karşılığı bu satıştan elde edilen gelirle ödenecektir.

¹³ Ayrıca TTK md. 355/1 ile TTK md. 549 vd. maddelerinde öngörülen sorumluluklar arasında, ikinci gruptakilerin farklılaştırılmış teselsüle tabi olması şeklinde bir fark da söz konusudur: *Akdağ Güney, Kuruluş*, s. 53. Bu nedenle ilgili hükümler kapsamına giren herkesi ‘kurucu’ olarak nitelendirmek, sorumluluğun ölçütünün belirlenmesi açısından da sorun yaratabilecektir.

TTK'dan sonraki bir tarihte yürürlüğe giren 6362 sayılı SerPK'nın 12. maddesinin altıncı fıkrası, TTK md. 346 hükmünün halka açık ve halka açılmak üzere Sermaye Piyasası Kurulu'na başvuran ortaklıklara uygulanmayacağını öngörmektedir. Adı geçen TTK hükmünün, gerek lafzı gerekse amacı itibariyle halka açılmak üzere olan ortaklıkları hedef almasından hareketle kimi yazarlar, SerPK'nın yürürlüğe girmesi ile halka arzlı kuruluş modelinin uygulama alanının kalmadığı sonucuna varmışlardır.¹⁴ Ancak, ilgili SerPK hükmünün, TTK md. 346 hükmünün uygulanmasını bütünüyle engellemekten ziyade, önemli ölçüde sınırladığını ifade etmek daha yerinde olacaktır.¹⁵ Zira her ne kadar SerPK hükümleri uyarınca ortaklık paylarının satışının gerçekleşebilmesi için pay bedellerinin tam ve nakden ödenmesi gerekmektedir de, ortaklığın ticaret siciline tescilinden, TTK md. 346 uyarınca payların halka arzı için Sermaye Piyasası Kurulu'na başvurulmasına kadar geçen kısa süre içerisinde, sermayeye ilişkin herhangi bir ödemenin yapılmamış olduğu bir anonim ortaklığın mevcudiyetinden söz edilebilecektir. Dolayısıyla, SerPK md. 12/6 hükmünün varlığında, TTK md. 346 hükmü, sınırlı bir çerçevede ve girişimcileri cesaretlendirme amacını¹⁶ gerçekleştirmekten uzak bir şekilde de olsa, hukuken uygulanabilirliğini sürdürmektedir.

Halka arzlı kuruluştaki nakdi sermayenin tamamı, birkaç kurucu ya da tüm kurucular tarafından esas sözleşmede taahhüt edilir; bu payların, ortaklığın tescilinden itibaren en geç iki ay içinde halka arz edileceği esas sözleşmede belirtilir ve bu, yine birkaç

¹⁴ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 305.

¹⁵ Manavgat, Ç.: Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara 2016 (HAAO), s. 38.

¹⁶ TTK md. 346 gerekçesi.

kurucu ya da tüm kurucular tarafından garanti edilir.¹⁷ Burada ‘garanti’ olarak ifade edilen ikinci taahhüt, halka arz yapıldığı takdirde satılamayan payların satın alınmasına ilişkin olup, söz konusu taahhüdün mutlaka kurucular tarafından yapılması zorunlu değildir; bu, bir aracı kuruluş tarafından da gerçekleştirilebilir.¹⁸ Pay senetlerinin halka arzı sermaye piyasası mevzuatına göre yapılır, payların karşılıkları satıştan elde edilen gelirden ödenir. Ödemenin anılan yöntemle gerçekleştirilmesinin bir sonucu olarak, payların tamamının tüm kurucular tarafından taahhüt ve garanti edilmiş olması olasılığında dahi, başlangıçta bir peşin ödeme yapılmamaktadır. Bu noktada, yalnızca teorik bir olasılık da olsa, kurucuların, taahhütlerine rağmen payların halka arzında hiçbir pay almamaları söz konusu olabilir.¹⁹ Sermaye piyasası rejimi uyarınca, pay sahipliği sıfatının pay senedinin teslim alınması ile kazanılacak olmasından (SerPK md. 12/3) hareketle, öğretide, pay taahhüt eden kurucuların pay sahipliği sıfatını kazanamayacakları, halka arz edilecek bu payların satılıp teslim edilinceye kadar ‘sahipsiz’ olacakları ifade edilmiştir.²⁰ Bu konuda bir diğer görüş, payın esas sözleşmede taahhüt edilmesi suretiyle ‘pay sahipliği’ sıfatının kazanılacağı, ancak payların tamamının halka arzı ve öngörülen sürede satılmaları halinde bu sıfatın yitirileceği, bununla birlikte ‘kurucu’ sıfatının

¹⁷ *Pulaşlı*, (Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 2. Bası, Ankara 2015 (Şerh C. I), s. 670), payları taahhüt ve halka arzı garanti edenler olarak, kurucuların yanı sıra yönetim kurulunu da saymaktadır.

¹⁸ *Manavgat*, Ç.: “Türk Ticaret Kanunu’nun Halka Arz Kavramına Yaklaşımı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), 2012, C.18, S. 2 (Özel Sayı), (Halka Arz), s. 403,404. Aksi görüş için bkz. *Paslı*, A.: “Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2- Kısım 4- Bölüm 1 “Kuruluşa İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler ve Kuruluş İşlemleri””, BATİDER 2012, C. XXVIII, S. 2 (Tanıtım II), s. 149.

¹⁹ *Pulaşlı*, Şerh C.I, s. 670; *Kırca* (Şehirali Çelik/Manavgat), AŞ C.1, s. 314. İlk taahhüt sahiplerinin tümünün paylarının bir kısmının ya da hepsinin halka arzı mümkün olduğu gibi, bazı pay sahiplerinin halka arzda paylarını satmamaları da mümkündür, bkz. *Paslı*, Tanıtım II, s. 149. Halka arzların kötüye kullanılmasının engellenmesi amacıyla, kurucuların ortaklıkta veya ortaklık yönetiminde en az bir hesap yılı kalması zorunlu tutularak, paylarının tümünü devrederek ortaklıktan ayrılmalarının engellenmesi gerektiği görüşü için bkz. *Pulaşlı*, Şerh C.I, s. 650, 651.

²⁰ *Pulaşlı*, Şerh C.I, s. 670.

baki kalacağı şeklindedir.²¹ İkinci yaklaşım, yerinde olarak, esas sözleşmenin halka arzdan önce ticaret siciline tescil edileceğini ve böylece payların doğacağı hususlarını dikkate almakta, payları halka arz edenleri pay sahipleri addetmektedir.²² Her halükârda, halka arzlı kuruluştaki kuruluştan doğan sorumluluğun, payları halka arzda satın alan pay sahiplerinde değil, halka arzdan sonra pay sahipliği sıfatını sürdürmeseler dahi esas sözleşmeyi imzalamış bulunan kurucularda olacağını belirtmek yerinde olacaktır.²³

TTK md. 350 hükmü uyarınca, yukarıda belirtilen kapsamda halka arz edilmek üzere pay taahhüdü söz konusu olduğunda halka arz, kurucular, yönetim kurulu veya yetkili herhangi bir organ tarafından onaylanmış kabul edilecektir. Hükmün madde gerekçesine göre, kurucular tarafından esas sözleşmenin tescil ettirilmesi ile halka arz taahhüdü onaylanmış olacak; böylece kurucuların ya da yönetim kurulunun esas sözleşmeyi değiştirmek suretiyle bu taahhütten dönmeleri olasılığının önüne geçilecek; tescilden sonra anonim ortaklığın yetkili herhangi bir organı, kurucuların taahhüdünün kendisini bağlamadığını ileri süremeyecektir.

II. KURUCU SAYISI

TTK md. 338, bir anonim ortaklığın kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya birden fazla kurucunun varlığını şart koşturmakta; ancak md. 330 hükmüne atıf yaparak, özel kanunlara tabi anonim ortaklıklara ilişkin özel hükümleri saklı

²¹ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 56; Manavgat, Halka Arz, s. 404.

²² Manavgat, Halka Arz, s. 404; Paslı, Tanıtım II, s. 145 ve s. 146 dn. 12.

²³ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 56.

tutmaktadır. Zira özel hükümler ile asgari kurucu sayısı birden fazla olarak öngörülmüş olabilir.²⁴ Hükümün önemi, eTTK'dan farklı olarak, tek pay sahipli anonim ortaklığa olanak tanınmasıdır. Kuruluş için asgari beş pay sahibi gerekliliğinin ortadan kaldırılması suretiyle, yatırımcıların yalnızca yasal gerekliliği karşılamak adına dört görünürde kurucu ile esas sözleşmeyi imzalayarak pay taahhüt etmesine artık gerek kalmamıştır.²⁵ TTK, yalnızca tek pay sahipli kuruluşa izin vermekle kalmamış, aynı zamanda anonim ortaklığın kuruluştan sonra tek pay sahipli hale gelmesi durumunda da varlığını sürdürmesine olanak tanımıştır (TTK md. 338/2).

III.KURUCULARIN SAHİP OLMASI GEREKEN NİTELİKLER

TTK'nın 337. maddesinin birinci fıkrasında açıkça ifade edildiği üzere, kurucu, bir gerçek kişi ya da bir tüzel kişi olabilir. Anonim ortaklıkta kurucu olmak bakımından gerçek veya tüzel kişinin tâbiyeti önem taşımamaktadır. Ayrıca, tüzel kişinin kamu hukuku ya da özel hukuk tüzel kişisi olması da, 'kurucu' sıfatının geçerli olarak kazanılması noktasında farklı bir sonuca götürmez. Buna karşın, adi ortaklık, miras ortaklığı gibi kişi birliklerinin bir anonim ortaklığın kuruluşunda yer almaları halinde, bunların tüzel kişilikleri bulunmadığından 'kurucu' olarak addedilmeleri söz konusu olmayacak, anılan örgütlenmelere mensup bireyler bizzat 'kurucu' sıfatını kazanacaklardır.²⁶ 'Kurucu' sıfatı, her şeyden önce sorumluluk bağlamında önem taşıdığından, kurucuların hak ve fiil ehliyetlerinin olması, dolayısıyla hukuki ve cezai

²⁴ *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 287.

²⁵ Diğer taraftan, bu kez de tek pay sahipli anonim ortaklıktan – ve tek pay sahibinin sicile tescilinden- kaçınmak için saman adam yöntemine başvurulabileceği görüşü için bkz. *Pulaşlı*, Şerh C.I, s. 645.

²⁶ *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 56; *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 286.

açından sorumlu tutulabilmeleri gerekmektedir.²⁷ Gerçek kişilerin ‘kurucu’ olabilmeleri, fiil ehliyetine sahip bulunmalarına bağlıdır (Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 9). Bu koşul karşılanmadığı takdirde, küçük veya kısıtlı adına pay taahhüdü, bunların yasal temsilcileri aracılığıyla yapılabilir.²⁸ Fiil ehliyetinin sonradan yitirilmesi halinde ‘kurucu’ sıfatı sona ermez, kanuni temsilcisi kurucuyu temsil ederek tüm işlemleri onun adına gerçekleştirir.²⁹ Ortaklık esas sözleşmesine, ortaklardan birinin ölümü halinde mirasçılarının ölen ortağın yerine geçmesi suretiyle ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm konulduğu takdirde, mirasçıların ölen ortağın yerine geçmeleri için yeni bir esas sözleşme imzalanması gerekmez (TMK md. 599).³⁰

Ortaklığa ait bir payın, birden fazla kişi tarafından müşterek olarak taahhüt edilmesi mümkün olup, bu halde müşterek maliklerden her biri ‘kurucu’ olacaklardır.³¹ Esas sözleşmede gerçekleştirilen sermaye taahhüdünün nakdi veya ayni olması da ‘kurucu’ sıfatının kazanılması açısından belirleyici değildir.

²⁷ *Paslı*, Tanıtım II, s. 157, dn. 41.

²⁸ *İmregün*, O.: Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul 1989 (Anonim Ortaklıklar), s. 35; *Pulaşlı*, Şerh C.I, s. 646; *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 286.

²⁹ *Tekinalp*, Yeni Hukuk, s. 169, 170 Nr. 10-06.

³⁰ 9.8.2016 tarih ve 29796 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6728 sayılı “Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 73. maddesiyle, “Kurucular Beyanı” başlığını taşıyan TTK md. 349 hükmü yürürlükten kaldırılmış ve Kanun’un diğer hükümlerinde yer alan, söz konusu kuruluş belgesine ilişkin ifadeler TTK kapsamından çıkarılmıştır. Bununla birlikte, TTK md. 349 hükmünün yürürlükte olduğu dönemde öğretide yapılan bir değerlendirmenin anılmasında yarar vardır: *Akdağ Güney* (Kuruluş, s. 57), ölen ‘kurucu’ ortağın yerine geçen mirasçının da artık ‘kurucu’ sıfatıyla sorumlu tutulabileceğinden hareketle, bahsi geçen kişinin kurucular beyanını bizzat imzalaması gerektiğini savunmuştur. Söz konusu görüş, muhtemelen TTK md. 349 hükmünün madde gerekçesinde yer alan, kurucular beyanının niteliği itibariyle vekâlete olanak vermediğine ilişkin ifadeden hareketle öne sürülmüştür. Ancak, Kanun’da, kurucuların ve diğer pay sahiplerinin sorumluluklarının birincil kaynağını oluşturan esas sözleşmeye ilişkin olarak dahi, mirasçı tarafından imzalanmak konusunda bir zorunluluk öngörülüş değildir. Mirasçılık kurumu ile bunun hüküm ve sonuçlarının, hukukun her alanında kabul gördüğü hususu da dikkate alındığında, kurucuları bağlayıcı niteliğine rağmen, kurucular beyanının mirasçı tarafından ayrıca imzalanması gerekeceğini savunmak güçtür.

³¹ *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 286.

IV. ANONİM ORTAKLIĞIN TESCİLİ ÖNCESİNDE KURUCULARIN BİRBİRLERİ VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE OLAN İLİŞKİLERİ

1. Ön Ortaklık Statüsü

6102 sayılı TTK ile anonim ortaklığın kuruluş anı, kurucuların, sermayenin tamamını kayıtsız şartsız ödemeyi kabul ettikleri, kanuna uygun olarak hazırlanan ve imzalarının noter tarafından onaylandığı ya da ticaret sicili müdürü ya da yardımcısı huzurunda imzaladıkları esas sözleşmede anonim ortaklık kurma iradelerini açıkladıkları an olarak belirlenmiş; kurucular tarafından gerçekleştirilen bu işlem, doğurduğu hüküm ve sonuçlar itibarıyla ‘kurucu işlem’ olarak adlandırılmıştır (TTK md. 335/1). Ortaklığın tüzel kişilik kazanması ise ancak esas sözleşmenin ticaret siciline tescili ile gerçekleşecektir (TTK md. 355/1). TTK md. 335 hükmünün gerekçesi, maddenin ‘ön anonim ortaklık’ın varlığına işaret ederek, bunun oluşma anını açıklığa kavuşturduğunu belirtmektedir.

Ne ilgili eTTK hükmünde ne de bu hükmün gerekçesinde konuya ilişkin açık bir belirleme yapılmış olmasına karşın, ‘ön ortaklık’ın var olduğu eTTK döneminde de kabul edilmekte³² ve bu kabulün dayanağını, eTTK md. 276/1 hükmünde yer alan “ani kuruluş, şirket paylarının kurucular tarafından taahhüt edilmesiyle olur” ifadesi oluşturmaktaydı. Payların tamamen taahhüdü, eTTK md. 279 uyarınca, her ortağın taahhüt ettiği sermaye türü ve pay miktarının belirtilmesinin zorunlu olduğu, yazılı şekilde yapılması ve imzaların noter tarafından onaylanması gereken esas sözleşme

³² Akdağ Güney, Kuruluş, s. 23. Aksi görüş için bkz. Pash, Tanıtım II, s. 151; eTTK döneminde ‘ön ortaklık’ olgusunun kabul edilmemiş olduğu, ancak teorik olarak bunun nitelendirmesinin yapıldığı hususunda bkz. Kervankıran, E.: “Ön Şirket ve Hukuki Niteliği”, MÜHF-HAD, 2012, C.18, S. 2 (Özel Sayı), s. 351.

ile gerçekleştiğinden,³³ sonuç itibariyle ani kuruluşta yine esas sözleşmenin imzalanması ve imzaların noter tarafından onaylanması ile ortaklık kurulmuş olmaktadır. eTTK döneminde, öğretide, esas sözleşmenin imzalanması ile ortaklığın tescili arasındaki süreçte var olan hukuki oluşum için ‘adi ortaklık’ nitelendirmesi yapılmış olup,³⁴ Yargıtay da bu yönde görüş bildirmiştir.³⁵

TTK md. 335 gerekçesi, ön ortaklık kurumunun TTK’da, eTTK dönemindeki algılanışına kıyasla daha farklı biçimde düzenlenmek istediğine işaret eder niteliktedir.³⁶ Gerekçe uyarınca, ‘ön anonim ortaklık’ bir adi ortaklık ve dernek olmayıp, bir elbirliği mülkiyeti (ortaklığı) oluşturmakta,³⁷ ön ortaklık ortakları (kurucular) tacir sıfatını taşımamakta³⁸ ve ön ortaklık, anonim ortaklığın tescili ile

³³ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 25, 26.

³⁴ Arslanlı, H.: Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960 (Anonim Şirketler C.I), s. 25, 26; Ansay, T.: Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Ankara 1982, s. 79; Domaniç, Şerh II, s. 136; Doğanay, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 867; Moroğlu, E.: “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000 (Anasözleşme), s. 522.

³⁵ Yargıtay 11 HD. 30.3.1990, E. 1595/ K. 3298 (Yargıtay Kararları Dergisi, C. XVI, S. 10, s. 1491 vd.); Yargıtay HGK, 8.5.1991, E. 1991/11-164, K. 249 (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 1991, Y.31, s. 8366).

Ayrıca bkz. TTK döneminde de ön ortaklık için ‘adi ortaklık’ nitelendirmesini yapan, Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 176 Nr. 10-27; Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), AŞ C.1, s. 289; Bilgili, F., Demirkapı, E.: Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa 2013, s. 237.

³⁶ Pulaşlı (Şerh C. I, s. 489), TTK’da ön ortaklığın anonim, limited ve paylı komandit ortaklıkların kuruluşu için öngörülmesini (TTK md. 335/1,2; 585/1,2; 565/2), buna karşın kollektif ve komandit ortaklıkların tescil edilememesi halinde bunların adi ortaklık sayılacaklarının belirlenmesini (TTK md. 214/1; Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 620/2) kanun koyucunun şahıs ve sermaye ortaklıkları için farklı sistemler amaçladığına delil olarak göstermektedir. Bununla birlikte Barlas (Barlas, N.: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 2012, s. 157), Türk hukukunda ön ortaklık ilişkisinin kollektif ve komandit ortaklıklar açısından da gündeme gelebileceğini belirtmektedir.

³⁷ Kurucular arasında esas sözleşme hükümlerinin geçerli olacağı görüşünden hareketle, ön ortaklık malvarlığı üzerinde kurucuların elbirliği mülkiyetinden değil, sermaye payları oranında paylı mülkiyetlerinden bahsedilmesi gerektiği hususunda bkz. Pash, Tanıtım II, s. 155.

³⁸ İfadenin eleştirisi için bkz. Pash, Tanıtım II, s. 154, 155, dn.35. Yazar, bu süreçte ticari işletme kurulmuş kabul edilir ve yapılan işlemler de ‘işletme’ faaliyeti olarak değerlendirilirse, tacir ya bir gerçek kişi ya da tüzel kişi olacağından ve ön ortaklık anılan iki gruba da dâhil edilemeyeceğinden, kurucuların tacir sıfatının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

tasfiyesiz sona ermektedir.³⁹ Bununla birlikte yine gerekçede, ön anonim ortaklığın niteliği ile hukukî durumunun öğretide ve mahkeme kararlarında açıklığa kavuşacağı ifade edilmek suretiyle, burada yapılan belirlemelerin uygulamada kabul görüp görmeyeceğine ilişkin bir çekince de yansıtılmış bulunmaktadır.

Gerekçedeki açıklamalar, TTK'nın anonim ortaklığın kuruluşuna ilişkin hükümlerinde Alman hukukunda yer alan ilkelerin benimsendiği izlenimi oluşturmaktadır.⁴⁰ Alman hukukunda ön ortaklık, 'kendine özgü bir elbirliği ortaklığı' olarak nitelendirilmekte,⁴¹ bu nitelendirmenin gerekçesi de, ne bir gerçek ne de bir tüzel kişi olmasına karşın,⁴² ön ortaklık yapısının hak ve (aktif ve pasif) taraf ehliyetine sahip olması biçiminde ifade edilmektedir.⁴³ Ön ortaklığa, anonim ortaklık esas sözleşmesi ile TTK'nın anonim ortaklıklara ilişkin olan ancak uygulanabilmeleri için ortaklığın ticaret siciline tescilini ön koşul addetmeyen hükümleri uygulanacak; sicile tescili takiben ön ortaklık tasfiyeye girmeksizin sona erecek ve baskın görüş uyarınca, hak ve borçlar külli halefiyet ilkesi uyarınca anonim ortaklığa intikal edecektir.⁴⁴ Ticari işletme işlettiği takdirde ön ortaklık tacir sıfatını kazanacaktır.⁴⁵ Yine Alman öğretisine göre, ön ortaklık bir genel kurula, bir de, başlıca görevi aynı sermayenin getirilmesini ve kullanılmasını sağlamak ile bir

³⁹ *Pulaşlı* (Şerh C. I, s. 679), Kanun'un bu düzenlemesini eleştirmekte, anonim ortaklık tescil edilemediği ve dolayısıyla tüzel kişilik kazanamadığı takdirde, ön ortaklığın, anonim ortaklığın tasfiyesi kurallarına göre tasfiyesi gerekeceğini savunmaktadır.

⁴⁰ Aynı yönde bkz. *Kervankıran*, s. 352, 353.

⁴¹ *Pentz*, A.: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Hrsg.: *Goette*, W., *Habersack*, M., *Kalss*, S.), Band 1: §§ 1-75, 4. Aufl., München 2016 (MüKo), AktG § 29 Rn. 4. Alman hukukundaki son gelişmeler ışığında bu nitelendirmenin sorun yaratır hale geldiği, ön ortaklığın "kendine özgü bir ortaklık" olarak nitelendirilmesi gerektiği hususunda bkz. *Koch*, J.: Beck'sche Kurz-Kommentare (Hrsg: *Hüffer*, U., *Koch*, J.), Band 53, Aktiengesetz, 12. Aufl., München 2016, AktG § 41 Rn. 4

⁴² *Pentz*, AktG § 29 Rn 4.

⁴³ *Wardenbach*, F.: Beck'sche Kurz-Kommentare (Hrsg.: *Henssler*, M., *Strohn*, L.), Band 62, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., München 2016, AktG § 41 Rn. 3; *Pentz*, AktG § 29 Rn. 4.

⁴⁴ *Wardenbach*, AktG § 41 Rn. 3: Azınlık görüşü ise ön ortaklık ile anonim ortaklığı aynı hukuk süjesi olarak değerlendirmektedir. Bu görüş için bkz. *Pentz*, AktG § 29 Rn 4.

⁴⁵ *Pentz*, AktG § 29 Rn 4.

işletmenin mevcudiyeti halinde bunun faaliyetlerini sürdürmek olan bir yönetim kuruluna sahiptir.⁴⁶

İsviçre ve (eTTK dönemindeki) Türk öğretisi ile Yargıtay kararlarında ön ortaklığa ilişkin olarak ‘adi ortaklık’ nitelendirmesi baskın görüşü oluşturmaktadır. Buna göre, ön ortaklığın dış ilişkilerine adi ortaklık hükümleri (TBK md. 620 vd.) uygulanır; ancak TTK md. 355 (İBK md. 645) ile sorumluluğa ilişkin TTK md. 549 vd. (İBK md. 753) hükümleri, anonim ortaklığın kuruluşuna özgü olarak sevk edilen hükümler oldukları için, adi ortaklık hükümlerinin önüne geçerek uygulama alanı bulurlar.⁴⁷ İç ilişkide de yine adi ortaklık hükümleri geçerli olmakla birlikte, söz konusu hükümlerin yedek hüküm niteliğinden hareketle, kurucular arasındaki ilişkilerde de ilk sırada anonim ortaklık esas sözleşmesi hükümleri dikkate alınacaktır.⁴⁸ Bu noktada kimi yazarlar, iç ilişkide dikkate alınacak esas sözleşme hükümlerinin, ön ortaklığın bünyesine uygun düşenlerden ibaret olacağını belirtirlerken,⁴⁹ kimileri ise, iç ilişkide uygulama alanı bulacak esas sözleşme düzenlemelerinin başında, anonim ortaklığın karar alma sürecinin belirleyici unsurları olan eşitlik ve çoğunluk ilkelerini zikretmektedirler.⁵⁰ Ticaret siciline tescil ile anonim ortaklığın hukuken varlık kazanmasına ilişkin olarak ise, anonim ortaklığın ön ortaklığın devamı sayılamayacağı, yeni bir hukuk süjesinin meydana geleceği ifade edilmektedir.⁵¹

⁴⁶ Wardenbach, AktG § 41 Rn. 4,5.

⁴⁷ Forstmoser, P., Meier-Hayoz, A., Nobel, P.: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, s. 128 § 13 N 28, 29; Barlas, s. 160; Şener, O. H.: Adi Ortaklık, Ankara 2008 (Adi Ortaklık), s. 145.

⁴⁸ Moroğlu, Anasözleşme, s. 522; Bahtiyar, Anasözleşme, s.48,49; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 128 § 13 N 29. İç ilişkide, kurulacak ortaklık tipine ilişkin TTK düzenlemelerinin uygulanacağı görüşü için bkz. Şener, Adi Ortaklık, s. 145.

⁴⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 128 § 13 N 29.

⁵⁰ von Greyerz, C.: Schweizerisches Privatrecht (Hrsg.: Gutzwiller, M., Hinderling, H., Meier-Hayoz, A., Merz, H., Piotet, P., Secretan, R., von Steiger, W., Vischer, F.), Basel 1982, s. 83. Türk hukukunda aynı yönde bkz. Paslı, Tanıtım II, s. 154, 155.

⁵¹ von Greyerz, s. 83.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, ön ortaklığa ilişkin olarak yapılacak ‘elbirliği mülkiyeti ortaklığı’ ya da ‘adi ortaklık’ biçimindeki nitelendirmelerin, özellikle kurucular arasındaki ilişkilere dair temel hususlarda, uygulamada büyük bir fark yaratmayacağı söylenebilir. Zira her iki olasılıkta da, ön ortaklıktaki iç ilişkide, öncelikli olarak anonim ortaklık esas sözleşmesinin hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Anılan hükümlerden yalnızca adi ortaklığın bünyesine uygun düşenlerin mi, yoksa çoğunluk ilkesi başta olmak üzere, anonim ortaklık yapısının belirleyici ilkelerini içeren düzenlemelerin de mi uygulama alanı bulacağı hususu, ön ortaklığın hukuki niteliğine ilişkin olarak ‘adi ortaklık’ görüşünün benimsendiği İsviçre hukukunda da tartışmalıdır. Kanımızca, iç ilişkide de anonim ortaklığa özgü kabul edilebilecek ilkelerin uygulanması gerektiğini, bu bağlamda, örneğin, kurucuların birbirlerine ya da kurulan ortaklığa karşı sadakat yükümlülükleri bulunmadığını kabul etmek,⁵² ön ortaklık kurumunun ihdası ile amaçlananın ötesinde bir yoruma sebebiyet verecektir. Kurucular, bir anonim ortaklık kurmak amacıyla mallarını, haklarını ve kişisel imkânlarını bir araya getirmek konusunda yükümlülük altına girerek esas sözleşmeyi imzalamaktadırlar. Bu doğrultuda, klasik bir adi ortaklıktan farklı olarak, kazanç elde edip paylaşmaktan ziyade tüzel kişiliği haiz bir anonim ortaklık kurmayı hedeflemelerine karşın,⁵³ ortak bir amaç çerçevesinde bir araya gelmektedirler. Esas sözleşmenin imzalanmasından önceki süreçte, aralarında hiçbir hukuki bağ bulunmayan kurucuların, görüşmeleri ciddiyle sürdürme ve görüşme sürecine zarar verecek davranışlardan kaçınma yükümlülükleri bulunduğu

⁵² *Paslı*, Tanıtım II, s. 154.

TBK md. 620 hükmünün, başlığı nedeniyle adi ortaklığı tarif ettiği izlenimi uyandırmasına karşın, ‘ortaklık’ı tarif ettiği, anonim ortaklık da bu maddeki unsurları içeren bir ortaklık olduğundan, anonim ortaklık pay sahibinin de sadakat yükümlülüğü bulunduğu hususunda bkz. *Nomer*, F.: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s. 38 ve aynı sayfada dn. 160.

⁵³ *Pulaşlı*, Şerh C.I, s. 496, 497.

kabul edilmektedir.⁵⁴ Bu husus dikkate alındığında, nihai amaca daha da yaklaşılacak ve artık kurucular arasında, hangi isim altında anılırsa anılsın, hukuki bir bağın olduğu ön ortaklık aşamasında, bunların birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğünün yokluğundan söz etmek mümkün görünmemektedir. Kaldı ki, ön ortaklığın bir anonim ortaklık olduğu kabul edilse dahi, anonim ortaklık hükümleri çerçevesinde, ortaklığın işlemlerini gerçekleştirmekle yükümlü olan yönetim kurulu üyeleri için özen ve bağlılık yükümlülüğünün (TTK md. 369) öngörülmüş olduğu göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla, kuruluş işlemlerini gerçekleştiren ve böylece bir anlamda kuruluş sürecinin yürütme organı olarak da faaliyet gösteren kurucuların sadakat yükümlülüklerinin bulunmadığının kabulü mümkün olmasa gerektir.⁵⁵ Bu çerçevede, ön ortaklığın iç ilişkilerinde, anonim ortaklık esas sözleşmesinin adı ortaklığın bünyesine uygun düşen hükümlerinin dikkate alınması gerekeceği, anonim ortaklık yapısına özgü düzenlemelerininse henüz bu aşamada uygulama alanı bulmamasının daha yerinde olacağı inancındayız. TTK md. 335 hükmünün gerekçesi, geneli itibarıyla, kanun koyucunun tüzel kişiliğe ağır basan bir ön ortaklık yapısını amaçladığına işaret eder görünmekteyse de, yine bizzat bu gerekçede yer alan bir ifade, kanun koyucunun bahsedilen amaçtan uzaklaştığı izlenimini de uyandırmaktadır. Gerçekten de TTK md. 335 madde gerekçesinde, ön anonim ortaklık ile anonim ortaklığın ayrışmasının, organların oluşumu ve yetkilerini kullanma anlarının belirlenmesi açısından önem taşıdığının vurgulandığı göze çarpmaktadır. Bu ifadeden anlaşılan, 6102 sayılı TTK sonrası dönem için dahi ön ortaklığın, Alman hukuku uygulamasına benzer şekilde, anonim ortaklık

⁵⁴ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 128 § 13 N 27.

⁵⁵ Nitekim *Tekin Alp* de (Yeni Hukuk, s. 426 Nr. 16-39) sorumluluk hükümlerine yönelik açıklamalarında, kuruculara özen ve koruma yükümlülüklerinin yükletilmiş olduğuna değinmekte, eserin ilerleyen bölümlerinde de (s. 376, 377 Nr. 16-56) yöneticilerin özen ve bağlılık yükümlülüğüne ilişkin TTK md. 396 hükmünün kuruculara kıyasen uygulanacağını ifade etmektedir.

düzenlemeleri uyarınca çoğunluk oyu ile karar alan bir genel kurul ve alınan kararları uygulayan bir yönetim kurulu biçiminde organsal yapılanmaları haiz bir kurum olarak öngörülmediğidir. Dolayısıyla, ön ortaklık aşamasındaki karar alma süreçlerinde de çoğunluk ilkesinin uygulanmasından ziyade, adi ortaklık yapısına paralel bir biçimde, kararların oybirliği ile alınması söz konusu olacaktır. Alman hukukunda, tescil işlemleri için mahkemeye başvurulması nedeniyle altı ay ila bir yıla kadar uzayan bir tescil sürecinin mevcudiyeti ve bu süreçte anonim ortaklığın faaliyet alanına dâhil olan çok sayıda iş ve işlemin yapılmasının gerekmesi, anonim ortaklık benzeri bir ön ortaklık yapısının öngörülmesine sebep olmuştur.⁵⁶ Hukukumuzda böyle uzun bir tescil süreci bulunmadığından, ön ortaklığın dış ilişkilerinde de esas itibarıyla adi ortaklık hükümlerine tabi olacağı şeklinde bir kabulün kuruluş aşamasındaki ihtiyaçların karşılanmasına yeteceği ve TTK döneminde de sürdürülmesinin Kanun'un kurduğu sistemle daha tutarlı olacağı kanısındayız.⁵⁷

2. Kurucuların Ortaklığın Tüzel Kişilik Kazanmasından Önce Üçüncü Kişilerle Yapılan İşlemlerden Sorumluluğu

A. TTK md. 355/2 kapsamına dâhil olmayan işlemlerden kaynaklanan sorumluluk

Esas sözleşmenin imzalanmasından, anonim ortaklığın ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanmasına kadar geçen sürede, ortaklığın bazı gereksinimlerin karşılanması amacıyla kurucular tarafından üçüncü kişilerle birtakım işlemlerin yapılması kaçınılmazdır. Bu süreçte kendi adına ve ön ortaklık hesabına işlem yapan kurucu,

⁵⁶ *Pulaşlı*, Şerh C.I, s. 469; *Kervankıran*, s. 353.

⁵⁷ Aksi yönde bkz. *Pulaşlı*, Şerh C.I, s. 486, 487.

bizzat yaptığı işlemin alacaklısı ve borçlusu olur (TBK md. 637/1). Bununla birlikte, bu işlemde doğan borçlar bakımından, diğer kurucuların, TBK md. 627/1 hükmü uyarınca işlem yapan kurucuya karşı sorumlu olacakları ifade edilebilir.⁵⁸ Ancak ön ortaklık aşamasında kurucular arasındaki ilişkilerde, ilgili konuda hüküm içermesi koşuluyla öncelikle esas sözleşmenin (ön ortaklığın bünyesine uygun düşen) hükümlerinin uygulanacak olmasından hareketle, kurucu adına ve ön ortaklık hesabına yapılan bir işlemde doğan borcun kurucular arasında paylaşımı noktasında, TBK md. 627/1 hükmüne başvurmadan önce esas sözleşme hükümlerine bakılması ve kurucular arasındaki sorumluluk paylaşımının buradaki düzenlemelere göre belirlenmesi yerinde olacaktır.

Kuruculardan birinin, ön ortaklık veya tüm kurucular adına bir üçüncü kişi ile işlem yapması ve bunu üçüncü kişiye bildirmesi halinde,⁵⁹ diğer kurucular bu kişiye temsil yetkisi vermişlerse yahut yapılan işleme sonradan icazet verirlerse⁶⁰ işlem tüm kurucuları bağlar; alacak ve borçlar tüm kuruculara ait olur (TBK md. 637/2, TBK md. 40/1, 46/1).⁶¹ Kuruculardan birinin, kendi adına ve ön ortaklık hesabına ya da ön

⁵⁸ Schenker, F.: Basler Kommentar, Obligationenrecht II (Honsell, H., Vogt, N.P., Watter, R.), 4. Aufl., Basel 2012 (BSK OR II), s. 320, Art. 645 Nr. 5; Akdağ Güney, Kuruluş, s. 50.

⁵⁹ Oğuzman/Öz, s. 214, Nr. 677, 679. İşlemi yapan kurucu, ön ortaklık adına hareket ettiğini işlem yaptığı üçüncü kişiye bildirmemiş olsa dahi, eğer üçüncü kişi bu durumu hal ve vaziyetten anlayabilecek durumdaysa ya da üçüncü kişi için işlemi, işlemi yapan kişi veya temsil olunan kişiler ile yapmak arasında bir fark yoksa, yine geçerli bir temsilden söz edilebilecek; yapılan hukuki işlemde kaynaklanan alacak ve borçlar tüm kuruculara ait olacaktır. Oğuzman/Öz, s. 215, Nr. 680, 681. Akdağ Güney (Kuruluş, s. 50), TBK md. 637/3 hükmünde yer alan, kendisine yönetim yetkisi verilen ortağın tüm ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisinin varsayılması kuralının burada da geçerli olacağını ifade etmek suretiyle, işlem yapan kurucunun temsil yetkisinin olmasını işlemin geçerliliği bakımından bir koşul olarak ayrıca aramamaktadır.

Ön şirkette kurucular arasındaki ilişkilerde, ilgili bir hüküm var olduğu sürece öncelikle esas sözleşme hükümlerinin uygulanacağı görüşünden hareketle, burada TBK md. 637/3 hükmünün doğrudan uygulama alanı bulacağını ifade etmek mümkün görünmemektedir; esas sözleşmede konu ile ilgili bir hüküm bulunmaması durumunda TBK'ya başvurulacağını ifade etmek daha yerinde olacaktır.

⁶⁰ Oğuzman/Öz, s. 216, Nr. 684.

⁶¹ von Greyerz, s. 83. Adi ortaklığa ilişkin İBK md. 543/3 (TBK md. 637/3, 1. cümle) hükmünün ("Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil

ortaklık veya diğer kurucuların tamamı adına ve ön ortaklık hesabına ya da birden çok kurucunun birlikte, ön ortaklık hesabına işlem yapmaları halinde, bu işlemlerden anonim ortaklığın sorumlu tutulabilmesi, yalnızca anonim ortaklığın ticaret siciline tescili sonrasında TBK md. 40/3 hükmü uyarınca alacağın devri ve borcun üstlenilmesi işlemlerinin gerçekleştirilmesi ile mümkün olacaktır.⁶² Kurucuların, kendi adlarına ya da ön ortaklık adına, anonim ortaklık hesabına yaptığı işlemler söz konusu olduğunda ise, anonim ortaklığın alacaklı ve/veya borçlu sıfatını kazanabilmesi, dolaylı temsile ilişkin hükümlerin uygulanmasına bağlıdır.⁶³

Anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından önceki dönemde kurucular tarafından, anonim ortaklık ad ve hesabına gerçekleştirilen işlemlere ilişkin olarak ise TTK md. 355/2 hükmünde özel bir düzenleme öngörülmüş bulunmaktadır.

B. TTK md. 355/2 kapsamında değerlendirilen işlemlerden kaynaklanan sorumluluk

TTK md. 355 hükmünde öngörülen olasılık, kurucuların ticaret siciline tescil öncesinde, tescil suretiyle tüzel kişilik kazanacak anonim ortaklık adına işlem yapmaları veya taahhütte bulunmaları halidir.⁶⁴ Bu halde, kurucuların, söz konusu işlem veya taahhütlere katılan diğer kişilerin ve işlemin yapılması veya taahhüde girişilmesi sürecinde fiilen yer almasalar dahi, faaliyetin gerçekleştirilmesi fikrini

etme yetkisi var sayılır.”) burada da geçerli olacağı hususunda, *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 169, § 18, N 5.

⁶² *Ansay*, s. 84; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 50; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 169, § 18, N 4,6.

⁶³ *Ansay*, s. 83, 84; *Doğanay*, s. 906; *Pulaşlı*, Şerh C.I, s. 682; *Kırca*, İ.: “Tüzel Kişiliğin Kazanılmasından Önce Anonim Şirket Adına Yapılan İşlemler (TTK 301/II)”, *BATİDER* 1998, C. XIX, S. 4, s. 100; *Böckli*, P.: *Schweizer Aktienrecht*, 4. Aufl., Zürich 2009, s. 145, Nr. 433; *von Greyerz*, s. 83; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 169, § 18, N 5,6.

⁶⁴ *Böckli*, s. 145, Nr. 433; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 169, § 18 N 7.

ortaya atan veya bununla bir şekilde ilgili olanların⁶⁵ şahsen ve müteselsil sorumlulukları söz konusu olacaktır. TTK md. 355/2 hükmü, henüz hukuken tanınmayan bir kişi durumundaki anonim ortaklığı temsilen yapılan bir işlemin, anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanması koşuluna dahi bağlı olmaksızın geçerli olduğunu tespit etmesi açısından da önem taşımaktadır.⁶⁶ Zira ortaklık tüzel kişilik kazanamayacak olsa bile, anonim ortaklık adına gerçekleştirilen işlem ve taahhütlerin geçersizliğinden söz edilemeyecek; yalnızca, üçüncü kişinin beklentisinin aksine, muhatabı, anonim ortaklık olarak değişmeyecek; işlem yapan veya taahhütte bulunan kişi/kişiler kendisine karşı sorumlu olmaya devam edeceklerdir. Kanun, tescil öncesinde anonim ortaklık adına yapılan işlemlere geçerli bir temsilin hukuki sonuçlarını bağlamamakla birlikte, müeyyide olarak işlemin geçersizliğini de öngörmemiştir. Geçerli bir temsilin varlığı kabul edilseydi anonim ortaklığın sorumluluğu söz konusu olacakken, burada kurucuların şahsen ve müteselsil sorumlulukları gündeme gelmektedir.⁶⁷ Sonuç olarak, kurucular ile işlem yapılan üçüncü kişiler arasında geçerli bir hukuki ilişki bulunduğundan, kurucular bu işlemlerin yalnızca borçlusu olmayıp aynı zamanda alacaklısı sıfatını da kazanacaklardır.⁶⁸ İşlem ve taahhütlerin tescille tüzel kişilik kazanacak olan anonim ortaklık adına yapıldığı, işlemin karşı tarafına açıkça bildirilir ve ortaklığın tescilinden itibaren üç ay içinde işlem ve taahhütler yönetim kurulu tarafından kabul

⁶⁵ Akdağ Güney, Kuruluş, s.51, *Pulaşlı*, Şerh C.I, s. 683; *von Greyerz*, s. 82; *Böckli*, s. 145 Nr. 434; *Schenker*, s. 320, Art. 645 Nr. 5.

⁶⁶ *Pulaşlı*, Şerh C.I, s. 681; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 170, § 18 N 9.

⁶⁷ İsviçre Federal Mahkemesi (BGE 128 III 137, 139), işlem yapanların sorumlu tutulmalarının gerekçesini, öyle olmadıkları halde bir tüzel kişinin organı gibi davranmış olmaları biçiminde açıklamıştır (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/>, Erişim tarihi: 12.8.2016).

⁶⁸ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 170, § 18 N 9; *Schenker*, s. 319, Art. 645 Nr. 3; *Pulaşlı*, Şerh C.I, s. 681; *Kırca*, s. 106.

edilirse,⁶⁹ karşı tarafın herhangi bir irade beyanı aranmaksızın,⁷⁰ kanun gereği kurucuların sorumluluğu ortadan kalkacak; artık bu işlem ve taahhütlerden yalnızca anonim ortaklık sorumlu olacaktır. Yönetim kurulunun borçları kabulü, her ne kadar işlemin karşı tarafının bu yönde bir irade beyanını gerektirmese de, kabulün gerçekleşmesinin ardından bu durum karşı tarafa bildirilmelidir.⁷¹ Yönetim kurulunun kabul beyanı herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Sözleşmeden doğan yükümlülüğün anonim ortaklık tarafından yerine getirilmesi de geçerli bir kabul beyanının sonuçlarını doğurur.⁷²

Kurucular tarafından tescilden önce anonim ortaklık adına yapılmış olan işlemlerin, ortaklığın tüzel kişilik kazanması ile bu işlemleri kabulü arasındaki süreçte askıda hükümsüz olacağı, öğretide öne sürülen görüşlerden birini oluşturmaktadır.⁷³ Bu görüş uyarınca, adı geçen süreçte karşı taraf (üçüncü kişi) işlemle bağlı olmakla birlikte, anonim ortaklığın bağlılığından söz edebilmek için, öngörülen üç aylık süre içerisinde işlemin yönetim kurulu tarafından kabulü gerekir. Ortaklığın işlemle bağlılığı için bunun yönetim kurulunca kabulünün bir ön koşul olduğu tartışmasız olmakla birlikte, önceki aşamada askıda hükümsüzlükten bahsedilmesi, yukarıdaki açıklamalar ışığında olanaksızdır. Zira işlemlerin ortaklık tarafından kabul

⁶⁹ Kabul için ortaklık genel kurulunun karar almasına gerek yoktur. Ortaklığın yönetim ve temsili yönetim kurulu tarafından gerçekleştirildiğinden, yönetim kurulunun bahis konusu işlemleri kabulü gerekli ve yeterlidir. Bkz. *Ansay*, s. 82; *Doğanay*, s. 905, 906; *Kırca*, s. 109; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 52. İsviçre hukukunda *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 170, § 18 N 10, 11; *Schenker*, s. 320, 321, Art. 645, Nr. 9.

⁷⁰ Bahsi geçen olumsuz koşul, yalnızca, ortaklığın ilgili taahhüdü, buna ilişkin hiçbir hüküm ve şartı değiştirmeden kabul etmesi hali için söz konusudur: *Domanıç*, Şerh II, s. 444; *Kırca*, s. 109.

⁷¹ *Pulaşlı*, Şerh C.I, s. 678; *Kırca*, s. 111; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s.52; *von Greyerz*, s. 82; *Schenker*, s. 320, 321, Art. 645, Nr. 9.

⁷² *Ansay*, s. 82; *Doğanay*, s. 906; *Kırca*, 109, 110; *von Greyerz*, s. 82; *Schenker*, s. 320, 321, Art. 645 Nr. 9.

⁷³ *Şener*, O. H.: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2012 (Ortaklıklar Hukuku), s. 323.

edilmesinden önceki dönemde de, her ne kadar üçüncü kişinin muhatabı anonim ortaklık olmasa da geçerli bir hukuki işlem ve bu işlemle bağlı, üçüncü kişiye karşı şahsen ve müteselsilen sorumlu olan kurucular bulunmaktadır. İşlemin belirtilen sürede ortaklık yönetim kurulu tarafından kabul edilmesi halinde geçersiz bir hukuki işlemin sağlığa kavuşması değil; hâlihazırda geçerli bir hukuki işlemin taraflarından birinin değişmesi söz konusu olacaktır.⁷⁴ Nitekim askıda hükümsüzlük görüşünün savunucuları dahi açıklamalarının devamında, üç aylık süre geçmesine rağmen ortaklığın işlemlerin sorumluluğunu almak istemesi halinde karşı tarafın bu durumu kabul etmesi gerektiğini, dolayısıyla süre geçse dahi tarafların anlaşması halinde ortaklığı işleminden sorumlu hale getirmenin mümkün olacağını belirtmekte,⁷⁵ böylece geçerli bir işlemin varlığını da ikrar etmiş olmaktadır.⁷⁶

Anonim ortaklık yönetim kurulu, tescil öncesinde kurucular tarafından anonim ortaklık adına gerçekleştirilen işlemleri kabul etmediği takdirde kurucular, kendi adlarına işlem yapmışlarcasına, işleminden kaynaklanan hak ve borçların sahibi olmaya devam ederler. Aynı düzenlemenin mevcut olduğu İsviçre hukukunda, bu halde sözleşmenin karşı tarafının İBK md. 24/1 b. 2 (TBK md. 31/b.4) uyarınca (“yanılan, sözleşmeyi yaparken belli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa”) sözleşmenin iptalini talep edebileceği öne

⁷⁴ *Böckli* (s. 145, Nr. 432), İsviçre Federal Mahkemesi’nin konu hakkındaki bir kararına (BGE 123 III 24) atıf yapmak suretiyle, burada ‘beklenilen bir taraf değişimi’nin söz konusu olduğundan bahsetmektedir. Ayrıca bkz. *Kırca*, s. 107.

⁷⁵ *Şener*, Ortaklıklar Hukuku, s. 323. Öte yandan *Böckli* (s. 145, Nr. 434), hükümde öngörülen üç aylık sürenin, anonim ortaklık lehine ve hükmün sermayenin korunması amacına uygun olarak, hak düşürücü nitelikte olduğunu kabul etmektedir.

⁷⁶ İBK md. 645 (TTK md. 355/2) hükmünün, anonim ortaklığa getirilen sermayeyi oldukça aşan ve dolayısıyla ortaklığın aktifinde karşılığı bulunmayan borçların, kuruluş denetimine tabi olmaksızın ve esas sözleşmede gösterilmek suretiyle kamuya açıklanmaksızın anonim ortaklık bünyesine alınması riskini taşıdığı hususunda bkz. *Böckli*, s. 145, Nr. 435. Yazar hükmü ayrıca, amaçlarından biri olarak belirtilen “sahte kuruluşlara engel olma”yı gerçekleştiremediği doğrultusunda da eleştirmektedir, s. 145, Nr. 436.

sürüldüğü gibi,⁷⁷ kimi yazarlar da yine aynı gerekçe ile sözleşmeden dönülmesinin mümkün olabileceğini ifade etmektedirler.⁷⁸

C. Kuruluş giderlerinden kaynaklanan sorumluluk (TTK md. 355/3)

Ortaklık adına girişilen işlem ve taahhütlere ilişkin sorumluluğun ortaklığa geçmesi, ortaklık yönetim kurulunun alacağı bir karar ile gerçekleşebilmekteyken, kuruluş giderlerinin ortaklık tarafından karşılanması, eTTK döneminde, bunların kuruluş genel kurulu tarafından kabulüne bağlıydı (eTTK md. 289). TTK düzeninde tedrici kuruluş kaldırıldığından, artık kuruluş genel kurulundan söz edilememekte; bununla birlikte, TTK md. 355/3 hükmü, kuruluş giderlerinin ortaklığa intikali için ortaklık tarafından yapılacak bir kabulü zorunlu tutmaktadır. Kuruluş genel kurulunun yokluğunda, bu kabul de, ortaklığın temsil ve idare organı olan yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilebilecektir.⁷⁹

Kuruluş giderleri, ‘ortaklık adına girişilen işlem ve taahhütler’den farklı bir kavramı ifade eder ve kapsamına esas sözleşmenin hazırlanması masrafları, ayın sermaye konulması halinde bunların değerlemesine ilişkin bilirkişi ücretleri, avukat, noter, harç ve sicil masrafları ile pay senedi basılması için yapılacak masraflar vb. girer.⁸⁰ Ayrıca, kuruluştaki hizmeti geçenlere verilecek ödül, ücret veya ödeneklerin de bu kapsamda sayılması gerekir.⁸¹ Kuruluş giderlerinin içeriğine paralel olarak, bunların ortaklık tarafından kabul edilmemesi halinde sorumluluğun muhatapları, md. 355/2

⁷⁷ *Schenker*, s. 321, Art. 645 Nr. 13.

⁷⁸ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 170, § 18 Nr. 11; *Böckli*, s. 145 Nr. 434. Ayrıca bkz. Türk hukukunda bu görüşte *Kırca*, s. 107, dn. 103.

⁷⁹ *Şener*, Ortaklıklar Hukuku, s. 326.

⁸⁰ *Pulaşlı*, Şerh C.I, s. 681; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 174.

⁸¹ *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 174.

hükümünde öngörülenden farklı biçimde, ‘işlem ve taahhütleri gerçekleştirenler’ gibi geniş bir ifade kullanılarak belirlenmemiş; yalnızca kurucuların sorumluluğundan bahsedilmiştir. TTK md. 355/3 uyarınca, kuruluş giderleri ortaklık tarafından kabul edilmezse kurucular tarafından karşılanacak olup, kurucuların bu masraflar için pay sahiplerine başvurma olanakları yoktur. Ancak bu durum, kurucuların ortaklığı dava etmek suretiyle kuruluş giderlerini talep etmelerine engel değildir.⁸²

Kuruluş giderlerinin bir kısmının, örneğin, ortaklığın kurulmasında hizmeti görülenlere verilmesi gereken ücret, ödenek veya ödüllerin esas sözleşmeye yazılması gerekmektedir (TTK md. 339/2.e). Bunlar ortaklığın ticaret siciline tescili ile doğrudan anonim ortaklığa geçeceklerinden, tescilden sonra ayrıca ortaklık tarafından kabul edilmelerine gerek yoktur.⁸³ Kuruluş giderlerinin öngörülenler dışında kalan diğer kalemlerinin esas sözleşmede gösterilmesi gerekliliğine ilişkin TTK’da bir hüküm bulunmadığından, bunların TTK md. 355/3 kapsamında değerlendirilmesi zorunludur.

Anonim ortaklık esas sözleşmesinin içeriğine ilişkin belirlemeler yapan TTK md. 339/2.e hükmünün, ‘ortaklığın kurulması için kurucular tarafından ortaklık hesabına satın alınan malların ve hakların bedelleri’ni de esas sözleşmeye yazılması gereken unsurlar arasında saymasından hareketle, TTK’da, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinden farklı biçimde, bu işlemlerin de kuruluş giderleri içerisinde kabul

⁸² Akdağ Güney, Kuruluş, s. 53.

⁸³ Arslanlı, Anonim Şirketler C.I, s. 40; Bahtiyar, Anasözleşme, s. 161.

edildiği savunulmuş⁸⁴ ve TTK md. 355/2 hükmünün varlığında bu tür bir kabulün yersiz olduğu ifade edilmiştir. Kurucular tarafından anonim ortaklık hesabına satın alınan malların ve hakların bedellerinin esas sözleşmeye yazılma zorunluluğunun, bu satın almaların da kuruluş giderleri olarak değerlendirildiği şeklinde yorumlanması güçtür.⁸⁵ Yapılan bu düzenleme, esas sözleşme içeriğine ilişkin TTK md. 339 hükmünün aleniyet sağlama/kamuyu aydınlatma işlevine⁸⁶ hizmet etmekte ve ortaklığın kurucuların menfaatine olarak kötüye kullanılmasına engel olmak amacının⁸⁷ gerçekleştirilmesine olanak sağlamakta; ifadeden, bunun ötesinde bir anlam çıkarmak mümkün görünmemektedir.⁸⁸

⁸⁴ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 175; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 313: Yazarın, kuruluş giderlerinin kuruluşu nitelikli hale getirip getirmediği tartışmasını yaptığı bu bölümde kullandığı ifadelerden soruya olumlu yanıt verdiği anlaşılmaktadır.

⁸⁵ Domaniç (Şerh II, s. 207), TTK md. 339/2.e düzenlemesinin eTTK dönemindeki karşılığı olan eTTK md. 279 hükmü dördüncü bendinin kapsamına, “kurucular tarafından ortaklık hesabına satın alınanların bedelleri” yerine, kuruluş giderleri arasında yer alan diğer unsurların alınmasının daha uygun olacağı düşüncesiyle hükmü eleştirmektedir.

⁸⁶ Bkz. TTK md. 339 madde gerekçesi ve hükmün limited ortaklıklardaki paraleli olan ve anonim ortaklığın ilgili hükümlerine atıf yapan TTK md. 582 hükmünün gerekçesi. Anılan metinde, ortaklık sözleşmesinin amaçları olarak yalnızca şeffaflık sağlanması ve kamunun aydınlatılması hususları zikredilmiştir.

⁸⁷ Kendigelen, Kuruluş, s. 311. Ayrıca bkz. TTK md. 349 hükmü gerekçesi.

⁸⁸ ‘Kurucular beyanı’na ilişkin hükmün yürürlükte olduğu dönemde, kuruluş giderleri arasında kabul edilen ‘kuruluşta hizmet verenlere yapılacak ödemeler’in kurucular beyanında açıklanacaklar arasında yer almasına karşın, ‘satın alma masrafları’nın bu kapsamda zikredilmemiş olduğu yönünde yapılan tespit (Akdağ Güney, Kuruluş, s. 175), her ne kadar satın alma masraflarının kuruluş giderleri kapsamında yer alamayacağı savını desteklemek adına yapılmış olsa da, kanımızca yerinde değildir. Zira md. 349 hükmünde kurucular beyanında açıklanması gereği ifade edilen ‘ortaklık tarafından iktisap edilen menkul kıymetlerin iktisap fiyatları, makine ve benzeri malların ve herhangi bir aktif değer alımına ilişkin fiyatlar’, pekâlâ esas sözleşmede ifade edilmesi öngörülen, ‘kurucular tarafından ortaklık hesabına satın alınan mal ve haklar’ kapsamında değerlendirilebilecektir. Ortaklığın kuruluş aşamasında gerçekleştirilen her alım yahut ödemenin kuruluş giderleri olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu doğrultuda, başkaca alım veya ödemelerin esas sözleşme ya da kurucular beyanında gösteriliyor olması da, tek başına, bunların kuruluş giderleri arasında düşünüldüğü sonucuna götürmemelidir. Nitekim Ansay (s. 82-84), eTTK md. 301/2 (TTK md. 355/2), eTTK md. 279/2, 4. bendinde (TTK md. 339/2, (e) bendi) yer alan ‘işletme ve ayın devralınması’ ve ‘ortaklık hesabına satın alınan mal ve hakların bedelleri’ ile eTTK md. 301/3 (TTK md. 355/3) hükmünde yer alan ‘kuruluş giderleri’ unsurlarını ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutmuş; eTTK’da bunlara ilişkin düzenlemelerin farklı hükümlerde yer aldığına ve dolayısıyla her birinin anonim ortaklıkça devralınmalarına ilişkin farklı rejimler öngörüldüğüne dikkat çekmiştir. Yazar, ortaya çıkan bu karışıklığa, hükümlerin farklı hukuklardan iktisabını gerekçe göstermiştir. Adı geçen unsurların bulunduğu düzenlemelerin dağınıklığı, TTK’da da aynı şekilde devam etmekte, dolayısıyla değerlendirme, günümüz açısından da geçerliliğini korumaktadır.

Kuruluş giderlerinin kuruluşu nitelikli hale getiren unsurlardan olduğu savunulmakta ve bu görüş, söz konusu giderlerin ancak esas sözleşmeye yazılmaları halinde ortaklık tarafından karşılanabilecekleri iddiası ile desteklenmektedir.⁸⁹ TTK'nın, 'kurucular tarafından ortaklık hesabına satın alınan mal ve hakların bedelleri' ile 'ortaklığın kurulmasında hizmeti görülenlere verilmesi gereken ücret, ödenek veya ödülün tutarı'nı esas sözleşmenin içeriği kapsamına dâhil etmesinden hareketle de aynı sonuca varan yazarlar mevcuttur. Bu çerçevede, kuruluşta hizmeti geçenlere ödenen ödenekleri önemseyerek bunların esas sözleşmede gösterilmesini öngören bir kanunun, yüksek tutarlara varması halinde kuruluş giderlerini de önemseyeceği yorumu yapılmaktadır.⁹⁰ Öncelikle, kuruluş giderleri kapsamında kabul edilen hususlar dikkate alındığında, bunların en azından bir kısmının mevcut olmayacağı bir anonim ortaklık kuruluş sürecinden bahsedilemeyeceği açıktır. 'Kuruluş giderlerinin yüksek tutarlara varması' koşulunun hangi ölçütlere göre belirleneceği de belli olmadığından, muğlâk bir ifade ortaya çıkmaktadır. Öznel değerlendirmelere olanak tanıyan bahis konusu koşul kabul edilecek olursa, hiçbir zaman basit ani kuruluştan söz edilememesi, tüm anonim ortaklıkların nitelikli kuruluş hükümlerine tabi tutulması dahi söz konusu olabilecektir. Kaldı ki, kuruluşta hizmeti görülenlere ücret, ödenek veya ödül verilmesi halleri, bu çalışmada savunulan görüş uyarınca, zaten nitelikli kuruluşu vücut veren hallerden olmayıp, bunların kuruluş giderleri kapsamında değerlendirilmesi gerekmekte; dolayısıyla, kıyas yoluyla yapılan bu yorum, her halükârda, kuruluş giderlerinin de kuruluşu nitelikli hale getirebileceği savını desteklemekten uzak bulunmaktadır. Kuruluş giderlerinin yalnızca esas sözleşmeye yazılmaları halinde ortaklık tarafından karşılanabilecekleri yönündeki

⁸⁹ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 94.

⁹⁰ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 188 Nr. 10-71.

görüşün ise, TTK md. 355/3 hükmünü tamamen işlevsiz hale getireceğinden, kabulü mümkün görünmemektedir.⁹¹ Ayrıca, esas sözleşmede gösterilme zorunluluğu, her ne kadar nitelikli kuruluşa ilişkin olarak öngörülen önlemler arasında yer almaktaysa da, bu zorunluluğunun her zaman nitelikli kuruluşun varlığı sonucuna götürmeyeceği hususunun da dikkate alınması gerekir.⁹²

Kuruluş giderleri hususunda son olarak, İsviçre hukuku ve özellikle Alman hukukunda sıkça dile getirilen bir görüşün de anılması uygun olacaktır. Bu hukuk sistemlerinde, ortaklığın kuruluşu için gerekli olan, dolayısıyla normal koşullar altında kuruluş giderleri arasında değerlendirilmesi gereken ‘kuruluştaki hizmeti geçenele yapılan ödemeler’de, alınan hizmet ile yapılan ödeme arasında ortaklık aleyhine bir orantısızlık olursa,⁹³ karşı tarafın ediminin makul karşılığını oluşturan kısmı aşan miktardaki ödemenin, APOK § 26 anlamında bir ‘özel menfaat’e vücut vereceği kabul edilmektedir.⁹⁴ Bu halde, uygun meblağı aşan kısma ilişkin ödemenin geçerli olabilmesi için, ilgili kısmın esas sözleşmede özel menfaat olarak

⁹¹ Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (APOK) § 41/3 hükmünde yer alan, esas sözleşmede yer almayan kuruluş giderlerinin anonim ortaklık tarafından devralınmayacağına ilişkin hüküm, hukukumuzda yer almamaktadır.

⁹² Bkz. aşı. İKİNCİ BÖLÜM, III., s. 60 vd.

⁹³ Alman hukukunda *Sagasser* (*Sagasser*, B.: *Sondervorteile bei der Gründung einer Aktiengesellschaft, Die Entwicklung zu § 26 Absatz 1 AktG nach der 2. Rechlinie der EG*, München 1986, s. 101) ve *Junker* (*Junker*, M.: “Der Sondervorteil im Sinne des § 26 AktG”, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, Band 159, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1995, s. 213), burada ‘açık bir orantısızlık’ın olması gerektiğini savunurlarken, İsviçre hukukunda *Vischer* (*Gründungsstadium*, s. 71), orantısızlığın varlığını yeterli görmekte, bunun ‘açık, göze çarpar’ nitelikte olmasının aranmayacağını vurgulamaktadır.

⁹⁴ *Eckardt*, U.: *Aktiengesetz Kommentar* (Hrsg.: *Geßler*, E., *Eckardt*, U., *Hefermehl*, W., *Kropff*, B.), Band 1: §§ 1-75, München 1986, s. 335, AktG § 26 Rn. 33; *Seibt*, C.H.: *Aktiengesetz Kommentar* (Hrsg.: *Schmidt*, K., *Lutter*, M.), I. Band: §§ 1-149, 3. Aufl., Köln 2015, s. 517, AktG § 26 Rn. 5; *Arnold*, A.: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* (Hrsg.: *Zöllner*, W., *Noack*, U.), Band 1: §§ 1-75 AktG, 3. Aufl., Köln 2011, s. 494, AktG § 26 Nr. 5; *Junker*, s. 212 ve İsviçre hukukunda *Vischer*, *Gründungsstadium*, s. 71.

gösterilmesi gerekeceği belirtilmektedir.⁹⁵ Kanımızca, kuruluş giderlerinin kuruluşu nitelikli hale getireceğinin savunulması, yalnızca bahis konusu görüşün kabulü halinde mümkün olabilecek; ancak bu halde dahi kuruluşu nitelikli hale getiren kuruluş giderleri değil, yine bir özel menfaatin varlığı olacaktır.⁹⁶

V. KURULUŞTAKİ EKSİKLİKLERİN HUKUKİ SONUÇLARI

1. Kuruluşta Fesih Davası

TTK md. 353, anonim ortaklığın kuruluşu sırasında kanuna aykırı hareket edilmesi suretiyle alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatlerinin önemli şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olması halinde yönetim kurulunun, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının, ilgili alacaklı veya pay sahibinin istemi üzerine mahkemece ortaklığın feshine karar verileceğini düzenler. Bu hüküm, ortaklığın kuruluş aşamasındaki işlemleri gerçekleştiren başlıca kişiler olan kurucuların kanuna aykırı olarak yaptıkları işlemlerin ortaklığın feshine kadar uzanabilecek yaptırımlara tabi olduğunu göstermesi açısından önem taşır.

TTK md. 353/1 hükmünde de açıkça ifade edildiği üzere, anonim ortaklığın butlanına veya yokluğuna karar verilmesi mümkün değildir. Bunun nedeni, adı geçen yaptırım türlerinin geriye etkili olması, buna karşın kanun koyucunun, anonim

⁹⁵ *Röhrich*, V.: Aktiengesetz Großkommentar (Hrsg.: *Hopt*, K.J., *Wiedemann*, H.), Erster Band: 1. Einleitung, §§ 1-53, 4. Aufl., Berlin 2004, s. 119, AktG § 26 Rn. 28; *Koch*, AktG § 26 Rn. 6; *Pentz*, AktG § 26 Rn. 33.

⁹⁶ Öte yandan, sözleşme serbestisi çerçevesinde, anonim ortaklığın kendisini zarar eder konuma düşürecek böyle bir anlaşmaya yanaşması olası görünmemektedir. Durumun zorunluluktan ileri geldiği hallerde de aşırı yararlanmaya ilişkin TBK md. 28 hükmünün uygulanması ile ortaklığın bu sözleşme ile bağlılıktan kurtulması ya da edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini istemesi mümkün olabilecektir. Bu koşullar altında, belirtilen durum herhalde sıklıkla gündeme gelmeyecektir.

ortaklığın tescili sonrasında ortaklık ile üçüncü kişiler arasında gerçekleştirilen işlemleri, işlem güvenliğini sağlamak amacıyla ayakta tutmak istemesidir.⁹⁷ Nitekim eTTK'nın, 1995 yılında yürürlükten kaldırılan md. 299 hükmü, mahkemenin, ortaklığın 'kurulmamış sayılması'na karar verebileceğini öngörmesine rağmen öğretide, bu hükmün, anonim ortaklığa karşı fesih davası açılabileceği şeklinde anlaşılması gerektiği savunulmuştur.⁹⁸ Kanun hükümlerinin ihlal edilmesi suretiyle gerçekleştirilen kuruluşun yaptırımının, ortaklığın ileriye etkili olarak ortadan kaldırılması biçiminde ortaya çıkması, kanuna aykırı olarak yapılan tescilin dahi ortaklığa tüzel kişilik kazandırdığının kabul edildiği ve anonim ortaklığın bu sıfatının feshe kadar olan süreçte hukuk düzenince tanındığı anlamına gelmekte; söz konusu durum, 'sicilin iyileştirici/onarıcı etkisi' ile açıklanmaktadır. Öte yandan sicilin onarıcı etkisi, kuruluş hükümlerine aykırılığı ortadan kaldırmamakta, böylece ortaklığın tescil ve ilanını takip eden üç aylık süre içerisinde mahkemeden ortaklığın feshinin talep edilmesi mümkün olabilmektedir.⁹⁹

Kuruluştaki kanuna aykırılığa, en az sermaye tutarına uyulmaması, gerekli olduğu halde Bakanlık izninin alınmamış olması, esas sözleşmedeki imzaların noter tarafından onaylanmaması ya da imzaların ticaret sicili müdürü ya da yardımcısı huzurunda atılmamış olması, üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz veya tedbir bulunan malvarlığı unsurlarının aynı sermaye olarak konulması, nakden taahhüt edilen payların yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmemiş olması, işletme konusunun

⁹⁷ *Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)*, AŞ C.1, s. 360, 361.

⁹⁸ *Korkut, Ö.*: "Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığı Kavuşturucu Etkisi", MÜHF-HAD, 2012, C.18, S. 2 (Özel Sayı), s. 415.

⁹⁹ *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 227, 228; *Korkut*, s. 413, 414.

hukuka ve kamu düzenine aykırı olması,¹⁰⁰ aynı sermayeye aşırı değer biçilmiş olması, itibari değerinden aşağı bedelle pay çıkarılması, kuruluşa iradelerin sakatlanması, sermaye taahhüdünde bulunan kişilerin ödeme kabiliyetinin bulunmaması¹⁰¹ gibi örnekler verilebilir. Bu ve benzeri durumların gerçekleşip gerçekleşmediğinin, öncelikli olarak, anonim ortaklığın ticaret siciline tescili için başvurulduğunda, sicil müdürü tarafından incelenmesi gerekir. Sicil müdürü, esas sözleşmenin emredici hükümlere aykırı olup olmadığını, yine bu sözleşmenin, Kanun'un bulunmasını zorunlu kıldığı hükümleri içerip içermediğini kontrol etmekle yükümlü kılınmıştır (TTK md. 32/2, Ticaret Sicili Yönetmeliği (TSY), md. 34/1.e). Tescil edilecek hususların gerçeği tam olarak yansıtmaları, üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratacak nitelik taşımamaları ve kamu düzenine aykırı olmamaları şart olup, adı geçen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususu da yine sicil müdürünce dikkate alınmalıdır (TTK md. 32/3, TSY md. 27, 34/1.d). Sonuç olarak, fesih davasının, TTK md. 32 ve ilgili TSY hükümlerinin uygulanması sürecine ilişkin gerekliliklerin tam anlamıyla yerine getirilemediği hallerde gündeme geleceği söylenebilecektir.¹⁰²

TTK md. 353 hükmünün birinci ve ikinci fıkralarının metinlerinde bir tutarsızlık göze çarpmakta; birinci fıkra yalnızca 'kanuna aykırılıklar'dan bahsedilmekte iken, ikinci fıkra mahkemenin, 'esas sözleşme ve kanuna aykırılıklar'ın düzeltilmesi için süre verebileceği hükmüne bağlanmaktadır.¹⁰³ TTK md. 353/1

¹⁰⁰ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), AŞ C.1, s. 360.

¹⁰¹ Korkut, s. 418.

¹⁰² Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), AŞ C.1, s. 359.

¹⁰³ Bu tutarsızlığın, 1995 yılında yürürlükten kaldırılan eTTK md. 299 hükmünün dördüncü fıkrasının TTK'ya aktarılması sürecindeki dikkatsizlikten kaynaklanmış olması muhtemel görünmektedir. Zira adı geçen fıkra, ortaklığın kurulmasında kanun veya esas mukavele hükümlerine riayet olunmamak

hükümünün açık ifadesi karşısında, bu hüküm kapsamında yalnızca ‘kanuna aykırılıklar’ın dikkate alınması uygun olur.

eTTK’nın yürürlükten kaldırılan hükümlerinden farklı biçimde TTK md. 353 hükmünde, alacaklı ve pay sahiplerinin yanı sıra yönetim kurulu ile, kamunun menfaatlerinin de tehlikeye düşürülmesi veya ihlali riskine bağlı olarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın da dava açma hakkından bahsedilmektedir.¹⁰⁴ Muhtemel davacılara ilişkin olarak hükümde yapılan sayım sınırlı olup, davacıların kapsamı genişletilemez.¹⁰⁵ Dava, ortaklık tüzel kişiliğine karşı açılır. Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere, TTK md. 353 hükmünde sayılanların menfaatlerinin ‘önemli bir şekilde’ tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olmasının yanı sıra, tehlikeye düşürülen veya ihlal edilen menfaatlerin de ‘önemli nitelikte’ olması gerekmektedir.¹⁰⁶ Bununla birlikte, feshe karar verilebilmesi için zarar doğmuş olması şartı aranmaz.¹⁰⁷

TTK md. 353/1 hükmünün kesin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, fesih davası açıldığında, davacı tarafından öne sürülen kanuna aykırılığın mevcudiyetini tespit ettiği takdirde mahkeme feshe karar vermek durumunda olup, başka hükme varmaya

suretiyle alacaklıların veya pay sahiplerinin menfaatlerinin önemli tarzda tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olmasından bahsedilmektedir. Öte yandan, İBK md. 643 hükmünde de ‘kanuna ve esas sözleşme hükümlerine aykırılık’ durumu ifade edilmektedir.

¹⁰⁴ Öğretide Bakanlığın, menfaati ihlal edilen kim olursa olsun dava açmaya yetkili olduğu yorumu yapılmaktadır. Bkz: *Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)*, AŞ C.1, s. 362 ; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 231; *Paslı, A.*: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (III), YTK Kitap 2 – Kısım 4 – Bölüm 1 “Kuruluşun Hükümleri” (Tanıtım III), BATİDER 2012, C. XXVIII, S. 3, s. 223.

¹⁰⁵ *Korkut*, s. 420.

¹⁰⁶ TTK md. 353 gerekçesi. Aynı yönde *Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)*, AŞ C.1, s. 362; *Korkut*, s. 416.

¹⁰⁷ *Korkut*, s. 417.

yetkili değildir.¹⁰⁸ Öte yandan, maddenin ikinci fıkrası uyarınca, kanun ve esas sözleşmeye aykırılıkların düzeltilmesi ile eksikliklerin giderilmesi için ortaklığa belirli bir süre tanımak doğrultusunda takdir yetkisini kullanabilecektir. Mahkemenin davaya ilişkin karar vermesinden önce eksikliklerin giderilmesi halinde dava konusuz kalacağından, düşecektir.¹⁰⁹

Yargılama sürecine ilişkin özellikler hükmün üçüncü fıkrasında ifade edilmiştir. Dördüncü fıkra uyarınca, davanın açıldığı hususu ve davanın kabul veya reddine ilişkin mahkeme kararı, mahkemenin bildirim üzerine derhal ve resen tescil ve ilan olunur. Bu halde tescil ve ilan ile birlikte açıklayıcı nitelikte olup, üçüncü kişilerin durumdan haberdar olmasını sağlamak amacını taşımaktadır.¹¹⁰ Fesih davasına ilişkin 353. madde hükmü, tüm sermaye artırım türlerine de kıyas yoluyla uygulanabilmektedir (TTK md. 456/4).¹¹¹

Davanın açılması için, ortaklığın tescil ve ilanından itibaren üç aylık bir hak düşürücü süre öngörülmüş olup, süre, ilan tarihinden itibaren başlar.¹¹² İlgili sürenin geçirilmesi halinde, hükmün diğer koşulları sağlanmış olsa dahi fesih davasının açılması mümkün olmayacaktır. Bu durumda, kuruluştaki kanuna aykırılıkların giderilmesi, sicil müdürünün TTK md. 33/1 ve TSY md. 36/1 uyarınca tescile davet kurumunu işletmesi ile mümkün olabilecektir. Sicil müdürünün verdiği süre içinde davate icabet edilmemesi halinde, ilgililer, TTK md. 33/2 ve TSY md. 36/3

¹⁰⁸ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 231.

¹⁰⁹ Korkut, s. 417; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), AŞ C.1, s. 362; Akdağ Güney, Kuruluş, s. 231.

¹¹⁰ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), AŞ C.1, s. 364 vd.

¹¹¹ Bu düzenlemenin hukuk tekniği bakımından ciddi sorunları beraberinde getireceği görüşü, hükmün eleştirisi ve uygulanmasına ilişkin öneri için bkz. Kırca, İ. (Şehirali Çelik, F.H. , Manavgat, Ç.): Anonim Şirketler Hukuku, C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara 2016, s. 282-284.

¹¹² Korkut, s. 420, 421.

eTTK md. 299 hükmünde ise bu süre bir ay olarak belirlenmişti.

hükümlerinde öngörülen idari para cezasına mahkûm edilebileceği gibi, bunların, TTK md. 38 hükmünün uygulanması suretiyle, maddede öngörülen idari para cezasına çarptırılmaları ve tazminat sorumluluklarına gidilmesi de gündeme gelebilecektir.¹¹³ Kurulustaki kanuna aykırılıkların giderilmesine ilişkin bir diğer olasılık, anonim ortaklıklara uygulanabilirliği tartışmalı olmakla birlikte, amacı hukuka ve ahlaka aykırı olan kişi ve mal topluluklarının tüzel kişilik kazanamayacağına ilişkin TMK md. 47/2 hükmünden faydanılması biçiminde ortaya çıkmaktadır.¹¹⁴ Söz konusu hüküm, aslında, işlem güvenliği adına anonim ortaklığın yokluk ve butlanından bahsedilemeyeceğine ilişkin TTK md. 353 hükmü ile çelişmektedir. Anonim ortaklığın yokluk ve butlanına karar verilmeyeceği yönünde açık hükümler içermeyen İsviçre hukukundaki uygulama, bir anonim ortaklığın butlanının tespiti halinde, butlan kararına kadar yapılan işlemlerin geçerliliklerini korumaları ve fesih hükümleri uyarınca ortaklığın tasfiye edilmesi biçiminde gerçekleşmektedir.¹¹⁵ Öncelikle, TMK md. 47/2 hükmünden yararlanılarak anonim ortaklığın butlanının tespitinin istenebilmesinin, yalnızca bu ortaklığın esas sözleşmede yazılı olan veya fiilen takip ettiği amacının hukuka ve ahlaka aykırı olması halinde mümkün olabileceğine dikkat edilmelidir.¹¹⁶ Böyle bir durumun mevcudiyeti halinde, anonim ortaklığın butlanının tespitinin istenebileceği kabul edildiği takdirde ise, mahkemenin ortaklığın butlanına karar vermesi durumunda ortaklığın ileriye dönük olarak sona erip tasfiyeye gireceğinin kabulü gerekir.¹¹⁷ Zira hüküm ancak bu halde TTK md. 353 ile uyumlu olarak uygulanabilecek ve fesih

¹¹³ *Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)*, AŞ C.1, s. 361.

¹¹⁴ Türk hukukunda, TTK md. 47/2 uyarınca anonim ortaklığın butlanından bahsedilip bahsedilemeyeceğinin tartışılması gerektiği; ancak feshin menfaatler dengesine daha uygun olduğu yönünde bkz. TTK md. 353 gerekçesi.

¹¹⁵ *Böckli*, s. 147 Nr. 441; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 164, 165, § 17 N 18; *Schenker*, s. 317 Nr. 12. Ayrıca bkz. BGE 112 II 7, BGE 115 II 401 (www.swisslex.ch, Erişim tarihi: 22.5.2016).

¹¹⁶ *Korkut*, s. 424.

¹¹⁷ *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 229; *Korkut*, s. 424.

davasına ilişkin süre geçirilmiş olsa dahi, hukuka ve ahlaka aykırı amaç takip eden bir ortaklığın sona erdirilmesi sağlanabilecektir. Kurulusta fesih davasına ilişkin hak düşürücü sürenin geçirilmesinin ardından kanuna aykırılıkların giderilmesine hizmet edebilecek bir diğer olasılık, TTK md. 210/3 uyarınca Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın, kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen ortaklıklar hakkında, işlem, hazırlık veya faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açabilmesidir. Söz konusu dava olanağı, *ultra vires* ilkesinin kaldırılmış olduğu, fıkra da sayılan fesih sebeplerinin Bakanlığın yetkisini sınırsız biçimde artırdığı ve TTK md. 353 ile süre sınırlaması getirilen davanın her zaman açılabilmesine olanak tanıdığı gerekçeleri ile eleştirilmesine karşın,¹¹⁸ Kanun'un mevcut düzenlemesi karşısında, anonim ortaklığın feshi için adı geçen hükümden de yararlanılabileceği açıktır.¹¹⁹ Diğer yandan bu davayı açmaya yalnızca Bakanlığın yetkili olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

2. Kurucuların Kuruluş İşlemlerinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu

TTK'da anonim ortaklıkta hukuki sorumluluğa ilişkin düzenlemeler md. 549-562 hükümleri arasında yer almaktadır. Bu maddelerin eTTK'daki karşılıkları olan md. 305 ila 310 arasındaki hükümler, "Kuruluşta Doğan Mesuliyet" başlığı altında

¹¹⁸ *Kendigelen, A.*: "Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu", Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl, Makalelerim, İstanbul 2001, s. 300, 301; *Kendigelen, A.*: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012 (İlk Tespitler), s. 132, 133; *Gürbüz Usluel, A.E.*: "Yeni Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Anonim Ortaklıklarda Kamu Denetiminin Değerlendirilmesi", BATİDER, C. 28, S. 1, Mart 2012, s. 167; *Korkut*, s. 424, 425.

¹¹⁹ Aynı yönde bkz. *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 230.

zikredilmekte ve yalnızca kuruluş ve sermaye artırımında uygulanabilmekte iken,¹²⁰ TTK'nın bahsi geçen hükümleri, bu iki halin yanı sıra sermayenin azaltılması, birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerde de uygulama alanı bulacak şekilde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, sorumluluk hükümleri bu çalışma kapsamında kuruluş işlemleri ekseninde incelenecektir. Kuruluş işlemleri, ana hatlarıyla, aynı sermaye ile kuruluştaki devralınan işletme ve aylara değer biçilmesi, esas sözleşmenin hazırlanması,¹²¹ nakdi sermayenin asgari tutarının ödenmesi, aynı sermayeye ilişkin işlemlerin gerçekleştirilmesi, ortaklığın ticaret siciline tescili ile bu durumun ilanından ibarettir. Adı geçen işlemlerin kanuna uygun olarak gerçekleştirilmesinin başlıca yükümlüsü ise kuruculardır.¹²²

TTK md. 549, anonim ortaklığın kuruluş işlemlerine ilişkin belge, izahname, taahhüt, beyan ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olması, gerçeğin saklanmış bulunması ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler, beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı halinde bunlara katılanları sorumlu tutmaktadır. eTTK md. 305 hükmüne kıyasla bu hüküm, gerçeğe aykırılığın yanı sıra 'gerçeğin saklanması ve diğer kanuna aykırılıklar'dan da bahsetmek suretiyle, sorumluluğa yol açacak hallerin kapsamını genişletmiştir. Kanuna aykırı düzenlenmesi sorumluluğa neden olacak belgeler de hükümde sayılanlarla sınırlı değildir.¹²³ Hükümün lafzı uyarınca, belgeleri düzenleyenler ile beyanları yapanların

¹²⁰ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 417 Nr. 16-09.

¹²¹ 6728 sayılı Kanun öncesinde bu kapsamda 'kurucular beyanının hazırlanması'nı da zikretmek mümkündü.

¹²² Giray, E.: "Anonim Şirketlerde Kuruluştan Doğan Hukuki Sorumluluk", MÜHF-HAD, 2012, C.18, S. 2 (Özel Sayı), s. 432.

¹²³ TTK md. 549 gerekçesi.

Ortaklığın kuruluşuna ilişkin belgeler TTK md. 336 hükmünde, "Esas sözleşme, değerlendirme raporları, ayın ve işletme devralınmasına ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere, kurulmakta olan şirketle,

kusursuz sorumluluğu gündeme gelmekteyken, bunlara katılanlar ancak kusurlarının varlığı halinde sorumlu olacaklardır. eTTK md. 305 hükmüne kıyasla sorumluluk nedenlerini genişletmiş olan TTK md. 549, diğer yandan kurucuların kusursuz sorumluluklarını sınırlandırmıştır; zira eTTK uyarınca hükme aykırılık halinde tüm kurucuların kusursuz sorumlulukları gündeme gelmekte iken, TTK döneminde yalnızca belgeleri düzenleyen veya beyanları yapan kişilerin kusursuz sorumluluğu söz konusu olacaktır.¹²⁴ Ancak, değerlendirme raporları haricinde TTK md. 336 hükmünde sayılan tüm kuruluş belgeleri bakımından kurucuların ‘düzenleyen’ durumunda olacaklarını söylemek mümkündür.¹²⁵ Adı geçen belgeler arasında özellikle esas sözleşme önem arz etmektedir. Esas sözleşmede kuruluş sürecinde gerçekleştirilen işlemlerin gerçeğe uygun olarak gösterilmesi ve burada verilen bilgilerin diğer belgelerle desteklenmesi gerekmektedir. Gerçeğe uygun olarak gösterilmesi zorunlu olan işlemlerin başında, malvarlığının korunması ilkesiyle doğrudan ilgili olan, ortaklık hesabına satın alınan mal ve hakların bedelleri, ortaklığın kurulmasında hizmetleri görülenlere verilecek ücret, ödenek veya ödül ile kuruculara sağlanan menfaatler gelmektedir.¹²⁶

kurucular ve diğer kişilerle yapılan ve kuruluşla ilgili olan sözleşmeler” olarak sayılmıştır. Bunların yanı sıra TSY md. 69 hükmünde başkaca belgeler de anılmaktadır.

¹²⁴ TTK md. 549 gerekçesinde, kimlerin ‘düzenleyen’, kimlerin ‘katılan’ sayılacağı hususunun öğreti ve yargı kararlarına bırakıldığı ifade edilmektedir.

¹²⁵ Değerleme raporları ise TTK md. 343 uyarınca “şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce” hazırlanacağından, değerlendirme raporları bağlamında ‘düzenleyen’ bu bilirkişiler olacak (TTK md. 552 gereği bunların kusur sorumluluğuna tabi olacakları görüşü için bkz. *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 240); bununla beraber, yine aynı madde uyarınca kurucular ile menfaat sahipleri rapora itiraz etme hakkını haiz olduklarından, gerçeğe aykırı bir beyanın, gerçeğin saklanması ya da başka türlü bir kanuna aykırılığın mevcudiyeti halinde itirazda bulunmadıkları takdirde kurucuların ‘katılan’ sıfatı ile sorumluluklarına gidilebilecek ve bu halde, sorumlu tutulabilmeleri için kusurlu olmaları aranacaktır.

¹²⁶ *Giray*, s. 433.

TTK md. 549 hükmünün gerekçesi, birlikte zarar verilmesi hali için farklılaştırılmış teselsül kurumunu düzenleyen TTK md. 557 hükmüne atıf yapmaktadır.

Farklılaştırılmış teselsül ilkeleri, doğası gereği, yalnızca kusurlarıyla zarar verenlerin dışı karşı sorumlulukları için geçerli olabilecek; kusursuz sorumlular ise zararın tamamından müteselsilen sorumlu tutulacaklardır.¹²⁷

TTK md. 550/1, sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya karşılığı ödenmiş gibi gösterenlerin kusursuz, ortaklık yetkililerinin ise kusurlu sorumluluklarını hükme bağlar. Düzenleme, ayni ve nakdi sermaye taahhütlerini kapsamasının yanı sıra, itibari değer altında pay çıkarılamamasına (TTK md. 347), kuruculara bedelsiz pay verilememesine (TTK md. 348), tescil öncesi yüzde yirmibeş oranında nakdi ödemenin yapılmasına (TTK md. 344, 345) ve ayni sermayenin tevdi ve özel sicillerine şerh konulmasına (TTK md. 128/2) ilişkin düzenlemelere aykırılığın da müeyyidesini oluşturur.¹²⁸ Sözü geçen aykırılıkların, kuruluş aşamasında, en başta esas sözleşme hükümleri aracılığıyla gerçekleştirilmesi mümkün olduğundan, kurucuların TTK md. 550/1 uyarınca da kusursuz sorumluluklarının gündeme gelmesi mümkündür.¹²⁹ Kuruculara ek olarak banka memurları, sicil görevlileri gibi kişilerin de kusursuz sorumluluklarından bahsolunabilecektir.¹³⁰ Hükümde yer alan “... taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi

¹²⁷ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 239.

¹²⁸ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 423 Nr. 16-29; Akdağ Güney, Kuruluş, s. 243.

¹²⁹ Kurucuların arkasındaki kişilere de husumet yöneltilebileceği görüşü için bkz. Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 424 Nr. 16-33.

¹³⁰ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 247. Aksi yönde bkz. Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 424 Nr. 16-33. Öte yandan bu son yazarın eserini kaleme aldığı sırada, Tasarı md. 341 ile getirilen ve taahhüdün noter şerhi ile onaylanmasını öngören hüküm henüz kaldırılmamış olup, yazar, sicil memurunun sorumlu tutulmaması gerektiği doğrultusundaki görüşünü, memurun noter şerhine haklı olarak güvenilecek

gösterenler” ifadesi, eTTK md. 306 hükmünde yer alan “kurucularla, bu fiilde kendilerine iştirak edenler” ifadesine karşılık gelmekte olup, yukarıda adı geçen kişiler pekala ‘fiile iştirak edenler’ olarak değerlendirilebileceklerdir.

Kanun, ‘şirket yetkilileri’ nin de TTK md. 550 çerçevesinde kusurlu sorumluluklarını öngörmüştür. Gerekçede de ifade edildiği üzere, 549. ve 550. maddelerin uygulama alanları kesişmektedir. Gerekçe, iki hüküm arasındaki farkın, özellikle ortaklık yetkililerinin sorumlulukları bağlamında gündeme geldiğini ifade eder. Anonim ortaklık ticaret siciline tescil edilip tüzel kişilik kazanıncaya kadar, ortaklığın organlarının oluşumundan, bu bağlamda bir ‘şirket yetkilisi’nden söz edilmeyeceğinden, bahis konusu ifade yalnızca sermaye artırım halleri için anlam taşıyacaktır.¹³¹ Bununla beraber TSY md. 22/2.d.1, anonim ortaklığın tescil başvurusunun, esas sözleşme ile belirlenen yönetim kurulu veya temsil ve ilzama yetkilendirilen üye ya da üyeleri tarafından yapılacağını öngördüğünden, adı geçen kişilerin ön ortaklığın yetkilisi kabul edilerek sorumluluk kapsamına alınabileceği de savunulmaktadır.¹³² Kanımızca bu şekilde bir yorum, henüz yönetim kurulu veya bunun temsile yetkili üyesi sıfatını ve dolayısıyla ilgili sıfat kaynaklı yetkileri kazanmamış kişilerin, söz konusu yetkilerin karşılığını oluşturan sorumluluklara muhatap tutulması anlamına gelecek olup, benimsenmesi mümkün değildir.

TTK md. 550/1 hükmünde sorumluluk müteselsil olarak düzenlenmiş; müteselsil sorumluluğun konusu ise ‘payların karşılıkları ile zarar ve bunun faizi’ olarak

olmasına ve şeklen incelediği belgelerde gerçeğe aykırılıkları ve bu eyleme yapılan katkıları tespit etmesine olanak bulunmamasına dayandırmaktadır.

¹³¹ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 424, 425 Nr. 16-34.

¹³² Akdağ Güney, Kuruluş, s. 248.

belirlenmiştir. Ayrıca sorumlular, tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı gereğince ödenmemiş payları üstlenmiş kabul edileceklerdir.¹³³ Müteselsil sorumluluğun ise, TTK md. 349 hükmünde olduğu gibi, kusursuz sorumluluk halinde borcun tümünden, kusurlu sorumlulukta ise farklılaştırılmış teselsül ilkelerine göre sorumluluk olarak anlaşılması gerekmektedir.¹³⁴

TTK md. 550/2 uyarınca, sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay verenler, ilgili borcun ödenmemesinden doğan zararlardan sorumludurlar. Bu fıkra da önem arz eden husus, ifade edilen kişilerin sorumluluklarından söz edilebilmesi için, bunların ödeme yetersizliği durumunu bilmelerinin (müspet vukuf) arandığı, bilebilecek durumda olma halinin sorumluluğa mahal vermeyeceğidir.¹³⁵ Dolayısıyla burada bir kusur sorumluluğu söz konusu olup,¹³⁶ müeyyide, borcun ödenmemesinden doğan zararların tazmini olarak düzenlenmiştir. Bu fıkra kapsamına da öncelikli olarak, durumdan haberdar olan kurucuların dâhil olacağı açıktır.¹³⁷

TTK md. 551, aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçenlerin, işletme ve aynın niteliğini veya durumunu farklı gösterenlerin ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanların

¹³³ Akdağ Güney (Kuruluş, s. 245, dn. 601 ve s. 246, dn. 603), 550. maddenin karşılığı olan eTTK md. 306 hükmündeki ‘payları kendi hesabına alma’ ifadesini, dolaylı temsil kurumunun işletilmesi, yani müeyyidenin, payın bedelinin sorumlular tarafından ödenmesinden ibaret olduğu biçiminde değerlendirmekte, bu anlamda aynı zamanda payların üstlenilmesini öngören TTK md. 550 ile aradaki farka dikkat çekmekte; bir kimsenin zorla pay sahibi yapılmasının dogmatik bir temeli olmadığını ifade ederek düzenlemeyi eleştirmektedir.

¹³⁴ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 247.

¹³⁵ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 425 Nr. 16-35; Akdağ Güney, Kuruluş, s. 243.

¹³⁶ TTK md. 550 gerekçesi.

¹³⁷ Giray (s. 435), kurucuların, sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliği konusunda bir araştırma yükümlülükleri bulunmadığı görüşündedir.

bundan doğan zarardan sorumlu olduklarını hükme bağlamaktadır. Madde gerekçesinde, düzenlemede kusura dayalı sorumluluğun söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Hüküm, eTTK'daki karşılığı md. 307 hükmünden farklı olarak, hile yapılmasını aramamakta, değerlemede yolsuzluk gerçekleştirilmesini sorumluluk için yeterli görmektedir. Ayni sermaye değerlemesi, mahkeme tarafından atanan bilirkişi tarafından yapılacağından, hükmün birinci derecedeki muhatapları bilirkişiler olacaktır; ancak bu hüküm çerçevesinde kurucuların da sorumluluklarına gidilmesi mümkündür. Düzenlemenin başlıca amacının, getirilecek ayni sermaye ile kuruluşa devralınan ayın veya işletmelerin gerçek değerlerinin belirlenmesini sağlamak, dolayısıyla anonim ortaklık sermayesinin gerçeğe uygun oluşmasını ve korunmasını sağlamak olmasından hareketle, madde metninde yer alan 'başka bir şekilde yolsuzluk' ifadesinin, kuruluşa ilişkin hükümlerin, sermayenin değerini etkileme olasılığı olan her türlü ihlalini kapsayacağı düşünülebilir. Böylece, kuruculara TTK md. 348 hükmüne aykırı düşen bir menfaat tanınması halinin de hüküm kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabilecektir.¹³⁸ Öte yandan bu halde, kurucu menfaatlerinin yer aldığı esas sözleşmenin gerçeğe aykırılığından kaynaklı kusursuz sorumluluğun (TTK md. 549) yerini, kusur sorumluluğunun alacağı kabul edilmelidir. TTK md. 551, hâlihazırda kurucuların ayni sermaye değerlemesine ilişkin sorumlulukları noktasında TTK md. 549 ile çakışmakta iken, hükmün, TTK md. 549 hükmünün uygulama alanını neredeyse tamamen ortadan kaldıracak derecede geniş yorumlanması uygun olmayacaktır.¹³⁹ Kaldı ki hükmün lafzı da aslında böyle bir yoruma olanak verir nitelikte değildir. İlgili kısmı, 'ayni sermayenin

¹³⁸ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 428 Nr. 16-48.

¹³⁹ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 250.

ve devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar' olarak anlamak gerekir.

TTK md. 552 hükmü, SerPK hükümlerini saklı tutarak, bir ortaklık kurmak amacıyla veya vaadiyle halka her türlü yoldan çağrıda bulunarak para toplanmasını yasaklamaktadır. TTK md. 552, 30.6.2012 tarihinde 6335 sayılı Kanun'la¹⁴⁰ değiştirilmeden önce, Sermaye Piyasası Kurulu'nun denetimine tabi olmayan ortaklıkların halktan para toplamasına (halka açılmasına) ilişkin düzenlemeler içermekteydi; ancak daha sonra bu durumun ortaya çıkarabileceği muhtemel sakıncalar göz önüne alınarak, hüküm bir yasak hükmü haline getirilmiştir.¹⁴¹ Yasağa aykırı davranış için hukuki bir müeyyide öngörülmemişse de, başta ortaklık kurucuları olmak üzere hükme aykırı hareket edenler hapis cezası ile cezalandırılacaklardır (TTK md. 562/11).

TTK md. 553, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurlarının yanı sıra kurucuların da, kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, ortaklığa, pay sahiplerine ve ortaklık alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu olacaklarını düzenlemektedir. Mevzuatın 754 hükmünden farklı olarak, TTK md. 553 hükmünde, organ sorumluluğunun yanında kurucuların sorumluluğu da ele alınmaktadır. TTK md. 549 ile 552 arasında kuruluş işlemlerinden sorumluluğu ve bu bağlamda özellikle kurucuların sorumluluğunu özel olarak düzenleyen hükümler varken, TTK md. 553 ile kurucuların kanun ve esas

¹⁴⁰ 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (30.06.2012 tarihli ve 28339 sayılı Resmi Gazete).

¹⁴¹ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 24. Dönem, 2. Yasama Yılı, 124. Birleşim, 26 Haziran 2012 Salı, s. 61 (www.tbmm.gov.tr, Erişim tarihi: 6.2.2015).

sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ihlali hali için ayrıca bir kusur sorumluluğu getiren düzenlemenin, özel hükümler kapsamına girmeyen ihlallerin müeyyidesiz kalmamasını sağlamak amacıyla yapıldığı ifade edilmektedir.¹⁴² Öncelikle, kuruluş işlemlerinden dolayı TTK md. 553 kapsamında sorumluluğuna gidilebileceklerin, özel sorumluluk hükümlerinde olduğunun aksine, yalnızca kurucularla sınırlı bulunduğunu ifade etmek gerekir.¹⁴³ Öte yandan, hüküm, hukuki sorumluluğa ilişkin bir düzenleme içerdiğinden, TTK md. 337/2 hükmünde kuruluştan doğan sorumluluk bakımından ‘kurucu’ sayılacağı ifade edilen, hesabına pay taahhüt edilerek esas sözleşme imzalanan kişilerin de TTK md. 553 bakımından ‘kurucu’ olarak değerlendirilmeleri gerektiği açıktır.

TTK md. 553 düzenlemesinin kapsamına kurucuların hangi tür yükümlülük ihlallerinin girebileceği hususu tartışmalıdır. Özel sorumluluk hükümleri kapsamında değerlendirilemeyen kuruluş işlemlerine ilişkin eksikliklerin bu hüküm çerçevesinde ele alınması mümkündür.¹⁴⁴ Ancak diğer bir görüş, kurucuların bahis konusu madde anlamında haiz oldukları yükümlülükleri md. 549-522 arası hükümlere konu olan hallerden ayırtırmakta, TTK md. 553 anlamındaki yükümlülüklerin kaynağını, TTK md. 369 hükmünde anonim ortaklıkta yönetimle görevli kişiler için öngörülmüş olan, ancak kurucular için de kıyasen uygulama alanı bulacağı ifade edilen ‘özen ve

¹⁴² TTK md. 553 gerekçesi.

¹⁴³ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 255, dn. 621.

¹⁴⁴ Kurucuların özel sorumluluk düzenlemeleri kapsamına girmeyen bir yükümlülük ihlalinde bulunmaları ve bundan bir zarar doğması halinde, TTK md. 553 hükmünde anılmamış olsalardı dahi, TBK md. 49 vd. haksız fiil hükümleri uyarınca sorumlu tutulabilecekleri ifade edilmekte; bu hükümler uyarınca dava açılması halinde farklılaştırılmış teselsül uygulama alanı bulmayacağından müteselsil sorumluların her birinden zararın tümünün giderilmesinin talep edilebileceği, TBK md. 60 uyarınca birden çok sorumluluk sebebinin varlığı halinde, aksi talep edilmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan hükme göre karar verileceği, zaman aşımı bakımından da TBK hükümlerinin daha avantajlı olduğu belirtilmekte; bu çerçevede, TTK md. 553 hükmünün, TTK md. 555 aracılığıyla pay sahiplerinin dolaylı zararların talep edilebilmesine olanak tanınması dışında bir özelliği bulunmadığı savunulmaktadır, Akdağ Güney, Kuruluş, s. 252-255.

bağlılık yükümlülüğü' olarak tespit etmektedir.¹⁴⁵ Bununla birlikte, adı geçen yükümlülük kapsamında gündeme gelebilecek görevlerden,¹⁴⁶ yalnızca 'malvarlığının korunması ilkesine uygun davranılması'nın tescilden önce mevcut olan ön ortaklığın bünyesine uygun düşeceği, bu ilkeye ilişkin olarak ise özel sorumluluk hükümleri ile hâlihazırda yeterince koruma getirilmiş bulunduğu kanısındayız.

TTK md. 553 hükmünün, kanun ve esas sözleşmeden doğan bir görev veya yetkiyi kanuna dayanarak başkasına devreden organ veya kişilerin, seçimlerinde makul derecede özen göstermediklerinin ispatı hali hariç, görev ve yetkileri devralanların fiil ve kararlarından sorumlu olamayacaklarına ilişkin ikinci fıkrası, TTK'da kurucuların yetki devrine ilişkin herhangi bir düzenlemenin yer almaması nedeniyle, kuruluş işlemlerinde uygulama alanı bulamayacaktır.¹⁴⁷ Hükmün son fıkrası ise, kimsenin, kontrolü dışında kalan kanuna ve esas sözleşmeye aykırılıklar ile yolsuzluklardan sorumlu tutulamayacağını, bu sorumlu olmama durumunun 'gözetim ve özen yükümlülüğü' gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamayacağını hükme bağlamaktadır. TTK md. 553/3 hükmünün gerekçesi ve öğretide fıkraya ilişkin yapılan değerlendirmeler, burada ifade edilen kuralın muhatabının, başta anonim

¹⁴⁵ *Tekinalp*, Yeni Hukuk, s. 430, 431 Nr. 16-56.

¹⁴⁶ *Tekinalp* (Yeni Hukuk, s. 432 Nr. 16-59), bu kapsamda sermayenin ve malvarlığının korunması ile eşit işlem ilkesine uygun davranılması, finansal tabloların Türkiye Muhasebe Standartları uyarınca hazırlanması, denetime tabi ortaklıklarda internet sitesinin amacına hizmet eder şekilde işletilmesi ve borca batıklığın zamanında mahkemeye bildirilmesi örneklerini vermektedir.

¹⁴⁷ *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 254, dn. 619. Aksi yönde bkz. *Giray*, s. 436, 437. Ayrıca bkz. Yönetim kurulunun, TTK md. 553/2 hükmüne göre görev ve yetkinin devredildiği gerekçesiyle sorumluluktan kurtulabilmesi için kanuna uygun bir devrin (TTK md. 367/1) gerçekleştirilmiş olması gerektiği, aksi halde yalnızca bir görevlendirmeden bahsolunabileceği ve devredenin sorumluluğunun devam edeceği hususunda *Tekinalp*, Yeni Hukuk, s. 437 Nr. 16-68; *Koşut*, H.D.: Şirketler Hukuku (Ed.: *Karahan*, S.), 2. Bası, Konya 2013, s. 796. Anlaşılabacağı üzere, kurucunun görev ve yetki devrine ilişkin özel bir Kanun hükmü mevcut olmadığı halde kurucular tarafından üçüncü bir kişiye herhangi bir görevlendirme yapılmış olsa dahi, kurucular, görevlendirilen kişinin fiil ve kararlarından sorumlu olmaya devam edeceklerdir.

ortaklık yönetim kurulu ve yönetim kurulu üyeleri olmak üzere, yönetim yetki ve görevi ile donatılmış kişiler olduğuna işaret etmektedir. TTK sistemi içerisinde, TTK md. 375 hükmünde yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri sayılmak suretiyle, öncelikle yönetim kurulunun hiçbir koşulda sorumluluktan kurtulamayacağı görevlerinin belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Adı geçen hükmün (e) bendi ile ayrıca, yönetim kurulunun, yönetimle görevli kişilerin faaliyetlerinin kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeye ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine ilişkin olarak üst gözetim yükümlülüğünü haiz olduğu açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır. Böylece, gözetim sorumluluğunun konusu netliğe kavuşturulmuştur. Nihayet, TTK md. 553/3 hükmünün karşıt anlamından, yönetim kurulunun, devredilebilen görev ve yetkilere ilişkin olarak da gözetim yükümlülüğü bulunduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda anılan düzenlemeler, yönetim yetki ve görevi ile donatılan kişilerin gözetim yükümlülüklerinin kanuni dayanaklarını oluşturmakla birlikte, TTK md. 553/3 hükmü, aynı zamanda söz konusu yükümlülük kaynaklı sorumluluğun sınırını çizmektedir.¹⁴⁸ TTK md. 553/3 düzenlemesinin gerekçesi, ilgili fıkranın, uygun nedensellik bağının veya kusurlarının yokluğu halinde soyut bir gözetim yükümlülüğü anlayışına dayanılarak, yönetimle görevli kişilerin sorumlu tutulmalarına engel olduğunu açıklığa kavuşturmaktadır. Önceden de belirtildiği üzere, TTK md. 553/3 hükmü, esasen anonim ortaklığın yönetimi ile görevli kişiler için öngörölmüş bir düzenlemedir. Bununla birlikte, anonim ortaklığın bir organı olmamalarına karşın, TTK md. 553/1 hükmüyle organ sorumluluğuna paralel bir sorumluluğa ve özen ve bağlılık yükümlülüğüne (TTK md. 369, kıyasen) tabi tutulan

¹⁴⁸ *Tekinalp*, Yeni Hukuk, s. 437, 438 Nr. 16-70.

kurucuların,¹⁴⁹ bu sorumluluğun sınırlarına ilişkin düzenlemeye de tabi olacakları şüphe götürmemektedir.

TTK md. 553 hakkında yapılan açıklamalar çerçevesinde, kanımızca, hükümde kurucuların anılmış olması kuruluştaki sorumluluk bağlamında gerçekleştirilen önemli bir yenilik olarak değerlendirilemeyecektir. Bununla birlikte, özel hükümler kapsamında yer almaması mümkün olan diğer muhtemel hukuka aykırılıkları kapsama olasılığı ile pay sahiplerinin dolayısıyla zararları için dava açabilmesi olanağını sağlaması açısından, kurucuların hüküm kapsamına alınmış olmalarının olumlu bir gelişme olarak addedilebileceği görüşündeyiz.¹⁵⁰

VI. KURUCULARIN İBRASI

TTK md. 559, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin, ortaklığın kuruluşundan ve sermaye artırımından doğan sorumluluklarının, ortaklığın ticaret siciline tescilinden itibaren dört yıl geçmedikçe sulh ve ibra yoluyla kaldırılamayacağını hükme bağlamaktadır. TTK md. 559 hükmüne ilişkin olarak öncelikle ifade edilmesi gereken husus, hüküm kapsamında hala eTTK md. 310 düzenlemesine paralel bir şekilde denetçilerin de ibrasından söz edilmesinin uygun olmadığıdır. Denetçiler için kuruluş işlemleri ya da sermaye artırımlarını denetlemeye yönelik kanuni bir yükümlülük öngörülmemesinin yanı sıra, ibra kurumu, anonim ortaklık organlarının sorumluluktan kurtarılması amacını taşımakta

¹⁴⁹ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 430, 431 Nr. 16-56.

¹⁵⁰ Kurucuların, organ sorumluluğu gibi spesifik bir düzenlemeye dahil edilmesinin pratik hiçbir yararı olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz. Akdağ Güney, Kuruluş, s. 278.

ve TTK sisteminde denetçiler ortaklığın bir organını oluşturmamaktadırlar.¹⁵¹ Bu bağlamda vurgulanması gereken bir diğer husus, kurucuların da anonim ortaklığın bir organı olmadığıdır.¹⁵² Ancak bahis konusu kişilerin, ön ortaklık sürecinde hem karar hem yürütme organı benzeri fonksiyonları haiz oldukları şüphesizdir. Dolayısıyla, eğer anonim ortaklığın kuruluş aşamasını konu alan bir ibra söz konusu olacaksa, bunun, ilgili süreçte çeşitli hukuki işlem ve faaliyetlerde bulunan kuruculara ilişkin olması sürecin doğası gereğidir.

TTK’da anonim ortaklıklar için öngörülen ibra kurumunun temelini, anonim ortaklığa ait işleri gören, ona ait malları yöneten kişilerin hesap verme yükümlülüğü oluşturur. Anonim ortaklık yönetim kurulu, her ne kadar söz konusu işlem ve faaliyetleri kurul olarak gerçekleştirmektedirse de, ortaklığın organı ve dolayısıyla bir parçası olması nedeniyle, her zaman ortaklığa karşı hak ve borç süjesi konumunda bulunamayacağından, hak ve borçların sahiplerinin organ görevlisi üyeler olarak değerlendirilmesi gerekir; organ ile ortaklık arasındaki organik bağın aksine, üyeler ile ortaklık arasında hukuki bir ilişki yer almakta ve hesap verme borcunun kaynağını bu ilişki oluşturmaktadır.¹⁵³ Söz konusu ilişkinin hukuki niteliği Türk öğretisindeki baskın görüş uyarınca vekâlet akdi olarak nitelendirildiğinden,¹⁵⁴ yönetim kurulu

¹⁵¹ *Kendigelen*, İlk Tespitler, s. 324, 468; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 274, 275.

¹⁵² *Tekinalp*, Yeni Hukuk, s. 169 Nr. 10-06.

¹⁵³ *Aytaç*, Z.: Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara 1982 (İbra), s. 65, 66; *Çamoğlu*, E.: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle), 3. Bası, İstanbul 2010 (Sorumluluk), s. 37. Yönetim kurulu üyelerinin de organ vasfını haiz oldukları görüşü için bkz. *Helvacı*, M.: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 30; *Çelik*, A.: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesinin İbrası, Ankara 2007, s. 80.

¹⁵⁴ *Arslanlı*, H.: Anonim Şirketler II – III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller İstanbul 1960 (Anonim Şirketler C. II-III), s. 108; *İmregün*, Anonim Ortaklıklar, s. 202; *Ansay*, s. 104. Öte yandan *Çelik* (s. 84), bu ilişkiyi, kanunla asgari sınırları belirlenmiş, özel ve karma nitelikte bir sözleşme olarak nitelendirmektedir. *Akdağ Güney* ise (*Akdağ Güney*, N.: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, İstanbul 2016 (Yönetim Kurulu), s. 279, 284) aradaki sözleşmenin yalnızca vekalet veya hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, sorumluluğa tabi olan kişinin, ortaklığın

üyelerinin hesap verme borcunun, vekilin sadakat ve özen borcunun (TBK md. 506) bir parçası olarak değerlendirilmesi mümkündür.¹⁵⁵ Öte yandan bu borç, TTK'da da özel hükümlerle düzenlenmiştir (TTK md. 376, 377, 413, 437).

Kurucularla anonim ortaklık arasında, 'asli edim yükümü bulunmayan kanuni bir borç ilişkisi' bulunduğu belirtilmektedir.¹⁵⁶ Türk borçlar hukuku eserlerinde bu kavram, 'asli edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi' olarak ifade edilmekte ve TMK md. 2 kaynaklı bu ilişkinin, taraflara özen ve davranış (koruma) borçlarını yüklediği kabul edilmektedir.¹⁵⁷ Buna göre taraflar, bir hukuki işleme yönelmek suretiyle sosyal temas içine girdiklerinden, birbirlerinin şahıs ve malvarlıkları üzerinde etkili olma imkânları artmakta, böylece aralarındaki güven ilişkisi sıkılaşmakta, dolayısıyla karşılıklı olarak birbirlerini zarardan uzak tutacak şekilde davranma yükümlülüğü altına girmektedirler.¹⁵⁸ Kurucularla anonim ortaklık arasındaki ilişki, 'asli edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi' olarak nitelendirildiği takdirde, kurucular için de, yönetim kurulu üyelerine benzer şekilde, bir özen borcunun varlığından söz edilebilecektir. Öte yandan, adı geçen ilişkinin süjelerini, birbiriyle hukuki bir işlem yapma niyetinde olan kişilerin oluşturduğu dikkate alındığında (nitekim bu ilişkiye en sık verilen örnek *culpa in contrahendo* – sözleşme müzakereleri sırasındaki kusur-’dur),¹⁵⁹ kurucularla anonim ortaklık arasındaki ilişki için bahis konusu nitelendirmenin yapılması kanımızca uygun

organizasyonu ve buradaki etkisine göre farklı pozisyon alabileceği, ilişkinin borçlar hukukuna ve ortaklıklar hukukuna özgü çifte karakteri göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmasının uygun olacağı görüşündedir.

¹⁵⁵ Aytaç, İbra, s. 68, 69; Çelik, s. 85.

¹⁵⁶ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 169 Nr. 10-06. Domanıç (Şerh II, s. 136 – 142) ise, kurucularla anonim ortaklık arasındaki ilişkiyi cenin ile kayyım arasındaki ilişkiye benzeyen kendine has özel bir temsil ilişkisi olarak nitelemekte ve neticesinde bu ilişkinin yetkisiz temsil hükümlerine göre düzenlenmesi gerektiği sonucuna varmaktadır.

¹⁵⁷ Oğuzman/Öz, s. 13, 14, Nr. 44,45,46,47; Kocayusufoğlu, s. 8, Nr. 8, s. 12, Nr. 15.

¹⁵⁸ Kocayusufoğlu, s. 12, Nr. 15; Oğuzman/Öz, s. 39, Nr. 138.

¹⁵⁹ Kocayusufoğlu, s. 8 Nr. 8; Oğuzman/Öz, s. 40 Nr. 140.

görünmemektedir. Bununla birlikte, öğretide, bir grup yazarın, davranış yükümlülüklerinin doğması için tarafların bir hukuki işlem yapma düşüncesiyle ilişki kurmuş olmalarının dahi gerekmediğini savunduklarına değinilmektedir.¹⁶⁰ Ayrıca, hukuki işleme yönelme unsurunu, hukuken korunmaya değer amaca yönelmiş bir sosyal temas olarak daha geniş kapsamlı değerlendiren yazarlar da mevcuttur.¹⁶¹ Öte yandan, asli edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinde özen borcundan söz edilmesinin amacının, aralarında sözleşmesel ilişki olmayan tarafların, birbirlerinin şahsına ve malvarlığına verdikleri zararlar karşısında sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca daha avantajlı koşullarla tazminat talep edebilmelerinin sağlanması olduğu unutulmamalıdır. Bu doğrultuda, kurucular ile anonim ortaklık arasında ‘asli edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisi’ olduğu ve anılan ilişki kaynaklı olarak taraflar arasında bir özen borcunun doğduğu kabul edilse dahi, kanımızca burada söz konusu olan özen borcu, vekâlet ilişkisinde olduğunun aksine, hesap verme yükümlülüğüne vücut verecek kadar geniş kapsamlı olarak değerlendirilemeyecektir. Dolayısıyla, anonim ortaklık kurucularının ibra edilmesine ilişkin düzenlemenin, TTK hükümleriyle özel olarak bu kişilere yüklenmiş olan ödevlerin (TTK md. 335, 336, 339, 344, 349 vb.) Kanun’a uygun biçimde yerine getirilmemesinden kaynaklanan sorumluluklarına ilişkin olarak öngörüldüğünün kabul edilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Anonim ortaklık yönetim kurulu, kuruluş esnasında henüz vücuda gelmemiş olduğu gibi, kurulun, tescilden sonra kuruluş işlemlerini denetleme gibi bir yükümlülüğü de

¹⁶⁰ Oğuzman/Öz, s. 39, 40, Nr. 139.

¹⁶¹ Serozan, R.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, - EK: Uygulama Çalışmaları-, İstanbul 2014, § 19 Nr. 1, s. 255.

mevcut değildir.¹⁶² Bu nedenle hükümde öngörülen ibra/sulh yasağının, yönetim kurulu üyeleri bakımından sermaye artırımına özgü biçimde anlaşılması uygun olacaktır.¹⁶³

¹⁶² eTTK md. 308 hükmünün, ilk yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın kurulmasında yolsuzluk yapıp yapılmadığını denetlemekle yükümlü olduklarına ilişkin düzenlemesi, TTK kapsamına alınmamıştır.

¹⁶³ *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 275.

Öte yandan burada ‘kuruluş işlemleri’ (esas sözleşmenin imzalanması, sermayenin getirilmesi, ortaklığın ticaret siciline tescili vb.) ile ‘kuruluştan önce gerçekleştirilen işlemler’ arasındaki ayrıma dikkat etmekte yarar vardır. Kuruluş işlemlerinin hukuka aykırılığı bakımından tek muhatap kurucular olmakla birlikte, kuruluştan önce anonim ortaklık adına gerçekleştirilen işlemler, anonim ortaklığın ticaret siciline tescilinden itibaren üç ay içerisinde ortaklık yönetim kurulu tarafından kabul edildikleri takdirde, TTK md. 355/2 uyarınca, söz konusu işlemlere ilişkin sorumluluğun yönetim kurulu üyelerine ait olacağı açıktır.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KURUCU MENFAATLERİ

I. TTK'DAKİ DÜZENLENİŞİ

TTK'da anonim ortaklıklarda kurucu menfaatlerine ilişkin başlıca düzenlemeyi TTK md. 348 hükmü oluşturmaktadır. Hüküm, 'kurucu menfaatleri' için doğrudan bir tanım vermemekle birlikte, kuruculara, para ve bedelsiz pay senedi vermek gibi ortaklık sermayesinin azalması sonucunu doğuracak bir menfaat tanınamayacağı kuralını getirmekte; ardından, kuruculara ortaklık kârından pay verilmesi halinde, kârdan öncelikli olarak yapılması gereken ayrımları belirlemektedir. Kârdan pay alma biçiminde tezahür eden kurucu menfaati, hak sahiplerine intifa senetleri aracılığıyla tanınabilecek; bu şekilde vücuda getirilen kurucu intifa senetleri, tıpkı olağan intifa senetleri gibi, emre veya hamiline yazılı olabilecektir (TTK md. 502/2).

TTK md. 348 hükmüne, eTTK md. 298 hükmünden farklı olarak iki yeni fıkra eklenmiştir. TTK md. 348 hükmünün ikinci fıkrası uyarınca, TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra kurulan anonim ortaklıklar, pay senetlerini halka arz etmeden önce, kurucu intifa senetlerini karşılığında herhangi bir bedel ödemeksizin iptal edecekler; bu gerçekleştirilmediği takdirde ise senetler kendiliğinden geçersiz

sayılacaktır. Hükümün üçüncü fıkrası ise, ortaklığın ilgili faaliyet dönemi sonunda kâr dağıtılmamasını kararlaştırmış olması halinde dahi kurucu intifa sahiplerinin esas sözleşmede öngörülen kâr paylarını alacaklarını hükme bağlamaktadır.

TTK md. 348 hükmünün yanı sıra, Kanun'un çeşitli diğer hükümlerinde de anonim ortaklıklarda kurucu menfaatlerine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bunların başında, kuruculara ortaklık kârından sağlanacak menfaatlerin esas sözleşmede gösterilmesi gereğini hükme bağlayan TTK md. 339/2.f hükmü yer almaktadır. Doğrudan kurucu menfaatlerinden bahsetmemekle birlikte, menfaatlerin tanınmasında dikkate alınması gereken ilgili diğer hükümlere, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yeri geldikçe değinilecektir.

Limited ortaklıklarda da kurucu menfaatleri tanınması mümkündür. Bu bağlamda öncelikle, limited ortaklığın kuruluş hükümleri arasında yer alan TTK md. 578 hükmünün anılması gerekir. Hüküm, ortaklığa aynı sermaye getirilmesi, kuruluşta ayın veya işletmelerin devralınması ve özel menfaatler tanınması hususlarına ilişkin olarak, limited ortaklığa, ilgili anonim ortaklık hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir. "Mal Bedelleri ve Kurucu Menfaatleri" başlığını taşıyan TTK md. 582 hükmü, 'kurulmakta bulunan ortaklıkla ilgili olarak, kurucular tarafından, ortaklık hesabına alınan malların bedelleri' ile 'ortaklığın kurulmasında hizmeti geçenlere tanınan menfaatler'in ortaklık sözleşmesine yazılacağını hükme bağlamakta; TTK md. 587 hükmü ise, tescil ve ilan edilen ortaklık sözleşmesinin, tescilin olumlu etkisinden yararlanacak hükümleri arasında, 'özel menfaatlerin içerik ve değerleri'ne de yer vermektedir. Limited ortaklıklarda kurucu menfaatlerine ilişkin başlıca hüküm

olarak zikredilebilecek TTK md. 578 düzenlemesi, ilgili anonim ortaklık hükümlerine atıf yaptığından, kurucu menfaatlerine ilişkin açıklama ve değerlendirmelerimizin temelini anonim ortaklıklar için öngörülmüş bulunan hükümler teşkil edecektir. Bununla birlikte, limited ortaklıklarda kurucu menfaatleri hususundaki, yukarıda ifade edilen diğer hükümlerin, anonim ortaklıklardaki düzenlemelere kıyasla daha farklı bir rejime işaret eder nitelikte olduğunun da altı çizilmelidir. Dolayısıyla, açıklamalarımız sırasında zaman zaman bu farklılıklara da temas edilmesi zorunluluk arz edecektir.

II. KAVRAM, DÜZENLENİŞ AMACI VE KONUSU

Kurucu menfaatleri, TTK md. 348 hükmünde açıkça belirtildiği üzere, ortaklığı kurdukları sırada harcadıkları emeğe karşılık olarak kuruculara tanınabilecek menfaatlerdir. Kanun'da, söz konusu menfaatlerin tanınabilmesi için biri olumlu, diğeri olumsuz, iki temel koşul öngörülmüştür. İlk olarak, ortaklık esas sözleşmesinde buna ilişkin bir hüküm bulunması zorunludur. İkinci kural ise, menfaatlerin konusunun ortaklık sermayesini azaltacak nitelikte olmaması yönündedir.

Ortaklıklar hukukunda, kurucu menfaatlerine ilişkin bir düzenleme yer almasının başlıca amacı, girişimciliğin ve bu bağlamda alınan risklerin karşılığında kurucuların ödüllendirilmesidir.¹⁶⁴ Gerçekten de kurucular, girişimlerinin kendilerine olumlu bir geri dönüşü olacağını önceden bilme ihtimalleri bulunmadığı halde, belirli bir amaç

¹⁶⁴ Domanıç, Şerh II, s. 208; Kendigelen, Kuruluş, s. 321; Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), AŞ C.1, s. 292; Sagasser, s. 1.

doğrultusunda bir araya gelerek ortaklığa sermaye koymakta, bunun yanı sıra, ortaklığın örgütlenmesi, tanıtılması, ortaklığa çalışan sağlanması gibi, bir kurumu yoktan var etmeye ilişkin tüm çabayı göstermektedirler.¹⁶⁵ Kurucuların girişimciliklerinin, aldıkları risk ve sorumluluğun ödüllendirilmesi, aynı zamanda başka girişimcilerin de benzer riskleri üstlenmeye teşvik edilmesi, böylece ticaretin gelişimine katkı sağlanması amaçlarına da hizmet etmektedir.¹⁶⁶

TTK md. 348 hükmünde yer alan ‘ortaklığı kurdukları sırada harcadıkları emek’ ifadesi, hangi faaliyetlerin hüküm kapsamında değerlendirileceğine ilişkin tartışmalara yol açmaktadır. Ayrıca, hükümde açıkça ‘kurucular’ dan söz edilmesine karşın, esas sözleşmenin içeriğini düzenleyen TTK md. 339 hükmünde, ‘kurucularla yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere ortaklık kârından sağlanacak menfaatler’den söz edilmesi, kuruluştaki emek veren üçüncü kişilerin de menfaatlere hak kazanıp kazanmayacağı sorusunu beraberinde getirmektedir.

Kurucu menfaatlerinin konusuna ilişkin TTK md. 348 hükmünde yapılan tek belirleme, kuruculara anonim ortaklık kârından pay verilebileceği şeklindedir. Türk öğretisinde, eTTK döneminde hâkim olan görüş uyarınca, kuruculara tasfiye

¹⁶⁵ Teoman, Ö.: Anonim Ortaklıklarda İntifa Senetleri, İstanbul 1978 (İntifa Senetleri), s. 19; Moroğlu, E.: “Kurucu İntifa Hakkı Sahiplerinin Kâr Payı Talep Hakları ve Yargıtay Kararları”, Makaleler I, İstanbul 2006 (Kurucu İntifa Hakkı), s. 331, 332.

¹⁶⁶ Teoman, İntifa Senetleri, s. 19. Öte yandan, kurucu menfaatlerinin karşılık olarak sağlandığı ifade edilen ‘ortaklığı kurarken sarf edilen emek’in ortaklık esas sözleşmesinin ve dilekçenin ticaret siciline tesliminden ibaret olduğu, kurucuların ortaklık işleri için sarf edecekleri bunun haricindeki emeklerin, zaten hali hazırda sahip oldukları pay sahibi sıfatı sonucu kazancakları mali haklarca ödüllendirileceği, ortaklığın faaliyeti esnasında olağanüstü bir performans sergilemeleri halinde bunun takdirinin ise ikramiye ve prim verilmesi gibi araçlarla gerçekleştirilmesinin yeterli ve amaca uygun olacağı yönünde Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’ün görüşü için bkz. Ülgen, H.: “Anonim Şirketlerde Kurucu İntifa Senetlerinin İlk Kuruluş Sermayesi ile Sınırlı Olduğunu Kabul Eden Yargıtay Kararları Üzerine” – Tartışmalar, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VIII, Ankara 1991, s. 129.

artığından pay alma ve yeni pay alma haklarının da tanınması mümkün olmalıdır.¹⁶⁷

Bu görüşün dayanaklarını, kuruculara kâr payının intifa senetleri aracılığıyla tanınabilecek olması ve intifa senetlerine ilişkin eTTK md. 403 (TTK md. 503) hükmünde, ifade edilen diğer iki hakkın da senet sahiplerine tanınabileceğinin öngörülmesi oluşturmaktadır. TTK md. 348 ile TTK md. 502, 503 ilişkisi, dolayısıyla, söz konusu görüşün yerindeliği ve kurucu menfaatleri kapsamında tasfiye artığından pay alma ve yeni pay alma haklarının tanınıp tanınamayacağı hususu, ilerleyen bölümlerde detaylı olarak tartışılacaktır. Burada, kurucu intifa senetlerinin TTK md. 502, 503 anlamındaki olağan intifa senetlerinin bir alt türü olmasının, adı geçen hükümlere genel hüküm niteliği bahşetmediği ve kurucu intifa senetleri ile olağan intifa senetlerinin bütünüyle aynı rejime tabi bulundukları anlamına gelmediği görüşünde olduğumuz belirtilmekle yetinilecektir. Zira TTK md. 348 uyarınca tanınan menfaatler ve çıkarılan kurucu intifa senetleri ile TTK md. 502, 503 çerçevesinde ihdas edilen olağan intifa senetleri, lehine çıkarılabilecekleri kişilerin kapsamı ile özellikle çıkarılma amaç ve gerekçeleri bakımından önemli farklılıklar içermektedir.

Başta menfaatlerinin tanınabileceği kişilerin kapsamı olmak üzere çeşitli açılardan TTK düzenlemesinden ayrılımlarına karşın, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde de kurucu menfaatlerine ilişkin benzer düzenlemeler yer almaktadır. Adı geçen sistemlerde kurucu menfaatleri, menfaat sahiplerine kârdan ve tasfiye artığından pay alma hakkı sağlanması, ciro primi verilmesi, ortaklık tesislerinin ücretsiz ya da

¹⁶⁷ *İmregün*, O.: “Anonim Ortaklıklarda Kurucu Senetleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 45, S. 1-4 (Kurucu Senetleri), s. 481, 482; *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 320; *Teoman*, İntifa Senetleri s. 127.

indirimli olarak kullandırılması, getirilen aynı sermayeye ilişkin ön alım hakkı tanınması, kurucuya ortaklıkta ömür boyu bir görevde yer alma garantisi verilmesi ve anonim ortaklığın menfaat sahibine karşı, ondan mal alma veya ona mal satmaya ilişkin sözleşme yapma yükümlülüğü altına girmesi biçiminde örneklendirilmektedir.¹⁶⁸ TTK hükümleri çerçevesinde, sayılan bu menfaat türlerinden hangilerinin kuruculara tanınabilecek olduğu hususuna ilişkin değerlendirmelerimiz ilerleyen bölümlerde sunulacaktır. Bununla birlikte, bu aşamada, kuruculara, mali nitelikte bir menfaat olarak yalnızca kârdan pay alma hakkının (TTK md. 348 hükmünde öngörülen sınırlar çerçevesinde) tanınabileceği; ancak, bunun yanı sıra, mali nitelikte olmayan ve dolayısıyla anonim ortaklık malvarlığına doğrudan etki etmeyecek türdeki menfaatlerin tanınmasına da TTK hükümleri açısından bir engel bulunmadığı yönündeki görüşümüzü belirtmekte yarar görüyoruz.

III.KURUCU MENFAATLERİNİN TANINABİLECEĞİ KİŞİLER

TTK md. 348 hükmünün lafzı uyarınca, kurucu menfaatlerinin muhatabı olabilmenin ilk koşulu, TTK md. 337 hükmünde tanımı verilen ‘kurucu’ sıfatına sahip olmaktır. Buna göre, anonim ortaklığa pay taahhüt edip, esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler kurucu menfaatlerinin muhatabı olabileceklerdir.¹⁶⁹ ‘Kurucu’ sıfatını haiz olmanın, kişiye kurucu menfaati tanınabilmesi için yeterli olup olmadığı, ayrıca

¹⁶⁸ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 147, § 15 N 26; Böckli, s. 133, Nr. 391; Küchler, M.: Besondere Vorteile nach Art. 628 Abs. 2 OR, Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser (Zindel, G.G., Peyer, P.R., Schott, B.), Zürich 2008, s. 60; Druey/Druey Just/Glanzmann, s. 116, RZ 39; Arnold, s. 495, AktG § 26 Rn. 8; Röhricht, s. 114, AktG § 26 Rn. 10; Eckardt, s. 331, AktG § 26 Rn. 11; Seibt, s. 517, 518, AktG § 26 Rn. 6.

¹⁶⁹ Domanıç (Şerh II, s. 208), hükmün son fıkrasında ifade edilen, yalnızca kuruluştaki sorumluluk bakımından ‘kurucu’ sayılan kişilerin de kurucu haklarına sahip olabilecekleri görüşündedir.

kuruluş sırasında anonim ortaklığa karşı özel, ayrıcalıklı bir hizmet yerine getirilmesinin aranıp aranmayacağı hususu tartışmaya açıktır. İlgili eTTK ve TTK hükümleri, ortaklığın kurucularından olmanın kurucu menfaatlerinin muhatabı olmak için tek başına haklı bir gerekçe oluşturduğu görüşünü destekler niteliktedir.¹⁷⁰ Gerçekten de, kurucu menfaatleri, ortaklık kurulurken kurucular tarafından üstlenilen riskler ile girişimciliğin karşılığı olarak değerlendirildiğinde, söz konusu menfaatlerin sağlanacağı kurucular arasında bir ayırım yapılması mümkün görünmemektedir. Zira piyasa boşluğunu iyi fark ederek isabetli bir yatırım alanı seçmek, ortaklığa sermaye koymak, ortaklığı örgütlemek, tanıtmak, ortaklığa çalışan sağlamak¹⁷¹ gibi faaliyetler, kanımızca, kurucuların birine ya da birkaçına özgülenebilecek niteliği haiz olmayıp, bunlar ancak kuruluşta mevcut olan tüm pay sahipleri, yani tüm kurucular tarafından ortaklaşa gerçekleştirilebileceklerdir. Öte yandan bazı yazarlar, menfaatlerin sağlanmasının objektif nedenlere dayanması gerektiği görüşündedirler. İfade edilen görüş uyarınca, kurucu menfaatlerine hak kazanabilmek için, kurucunun, ortaklığa sermaye sağlanmasında, işletme konusunun belirlenmesinde, ortaklığın organizasyonunda, kredi bulmasında, belirli bir tekniğin veya müşterinin edinilmesinde, her ortağın yapamayacağı derecede önemli hizmet ve katkılarda bulunması gerekmektedir.¹⁷² Bu görüş benimsendiği takdirde, verilen

¹⁷⁰ *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 131, 132; *Kendigelen*, A.: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısında İntifa Senetleri”, BATİDER, Haziran 2009, C. XXV, S. 2 (İntifa Senetleri), s. 59, 60; *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 292. Ayrıca bkz. *Bahtiyar*, Anasözleşme, s. 162, 164: Yazar, TTK md. 339/2 hükmünün (e) ve (f) bentlerini karşılaştırmakta, (f) bendinde ifade edilen ‘kazançtan sağlanacak menfaatler’in, ‘kuruluşta emeği geçme’ koşulu aranmaksızın sağlanacağı gözlemini yapmaktadır. Kanımızca, TTK md. 348 hükmünün, açıkça, kurucu menfaatlerinin, kurucuların ortaklığı kurdukları sırada harcadıkları emeğe karşılık olarak verileceğini ifade etmesi karşısında bu yönde bir yorum yapmak olanaklı değildir.

¹⁷¹ *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 332, *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 19.

¹⁷² *Arslanlı*, Anonim Şirketler C.I, s. 40; *Doğanay*, s. 902; *Ülgen*, s. 106. İsviçre hukukunda *Böckli*, s. 133, Nr. 391; *Ernst*, T.: Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1963, s. 142; *Kartscher*, P., *Rossi*, B., *Suter*, D.: Wirtschaftsprüfung – interne und externe Revision, Systematischer Überblick für Wirtschaftsprüfer, Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Zürich 2013, s. 134. *Domaniç* (Şerh II, s. 208 ve 1069), *İmregün* (Anonim Ortaklıklar, s. 50) ve *Bahtiyar*

emeklerin niteliği hususunda bir değerlendirme yapılmaksızın tüm kuruculara menfaat tanınması uygun olmayacaktır.¹⁷³ Ancak verilen emeğin niteliğine ilişkin böyle bir değerlendirmenin TTK çerçevesinde hangi ölçütler temel alınarak yapılacağı belli değildir. TTK md. 348 hükmünde yer alan, ‘ortaklığı kurdukları sırada harcadıkları emeğe karşılık’ ifadesi, hem genel hem de öznel bir ifade olup, ortaklığın kurucuları arasında, kurucu menfaatlerinin tanınabileceği ve tanınamayacağı kurucular şeklinde bir ayırım yapılmasına hizmet edecek bir ölçüt niteliğini taşımamaktadır.¹⁷⁴ Bu doğrultuda, TTK md. 348 kapsamında öngörülen menfaatlerden yararlanılabilmesi için ‘kurucu’ sıfatını haiz bulunmanın tek başına

(Anasözleşme, s. 170) ise bu koşulu yalnızca ‘diğer kimseler’e menfaat tanınması halinde, bunların kapsamının sınırlanabilmesi amacıyla aramaktadırlar.

Aksi yönde bkz. Olağan intifa senetleri bağlamında, pay sahibi olmayan akrabaların bu şekilde tatmin edilebileceğini belirten *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 710 Nr. 1240.

¹⁷³ İsviçre öğretisinde, ortaklığın haklı bir sebebe dayanarak intifa senedi çıkarmasından söz edilebilmesi için bu intifa senedinin ortaklığa yarar sağlayan bir hizmetin, eşdeğerde bir menfaatin karşılığını oluşturması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. *Trüeb*, H.R.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530-771 OR (Hrsg.: *Roberto*, V., *Trüeb*, H.R.), 2. Aufl., Zürich 2012, s. 397, Art. 657, Nr. 6; *Burkhalter*, P.R.: OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht (Hrsg.: *Kostkiewicz*, J.K., *Nobel*, P., *Schwander*, I., *Wolf*, S.), Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2009, s. 1386, Art. 657, Nr. 3. *Kendigelen* (İntifa Senetleri, s. 59, 60) ise, bu ölçütün kuruluş aşamasından ziyade intifa senetlerinin sonradan ihracında uygulama alanı bulduğuna dikkat çekmektedir.

¹⁷⁴ Kuruculara menfaat tanınabilmesinin, bir kanun hükmüyle, haklı bir nedenin varlığı şartına bağlanması gerektiği hususunda bkz. *Kendigelen*, Kuruluş, s. 323.

‘Kurucular beyanı’na ilişkin TTK md. 349 hükmünün yürürlükten kaldırılması sonucunda, artık kurucu menfaatlerinin kurucular beyanında gerekçelendirilecek olmasının, kuruluştaki sarf edilen emeğin nitelik veya niceliğinin ölçülmesine hizmet edebileceğini öne sürmek de mümkün olmayacaktır. Kanımızca, hükmün yürürlükte olduğu zamana ilişkin olarak da bu yönde bir değerlendirme yapmak mümkün değildi. Zira kurucu menfaatlerine ilişkin olarak kurucular beyanında yapılacak açıklama, bir yerindelik denetimine olanak sağlamamaktaydı (bkz. *Kendigelen*, İntifa Senetleri, s. 59: Eserini, ‘işlem denetçisi’ kurumu 26.6.2012 tarih ve 6335 sayılı Kanun ile TTK kapsamından çıkarılmadan önce kaleme alan yazar, kuruluştaki faaliyet gösterecek işlem denetçisinin dahi yalnızca kanuna uygunluk açısından bir denetim yapacağını, menfaatin yerindeliğini denetlemesinin söz konusu olmayacağını ifade etmiştir. Bu bağlamda, sicil memurunun yerindelik denetimi yapacağını savunulması da güç görünmekteydi). TTK md. 349 hükmü kaldırılmadan önceki dönemde yapılan, beyanda gerekçelendirme zorunluluğunun, kurucu menfaatlerinin haksızlığına ilişkin yargı yoluna gitme olanağının önünü açtığı ve şüphesi olan pay sahibinin TTK md. 210/1 uyarınca Bakanlık denetim elemanlarını göreve davet edebileceği biçimindeki yorum için bkz. *Tekinalp*, Yeni Hukuk, s. 188 Nr. 10-69 ve *Pash*, Tanıtım III, s. 213 dn. 39.

yeterli olacağı kabul edilmelidir.¹⁷⁵ Yine bu sonuca paralel olarak, tüm kuruculara kurucu menfaatleri tanınabilmelidir.¹⁷⁶

Türk hukukunda kurucu menfaatlerinin, kurucuların yanı sıra üçüncü kişilere de tanınıp tanınamayacağı hususu, açıklık getirilmesi gereken bir diğer noktayı teşkil etmektedir. Mevzuat İBK md. 628/3 hükmünün yanı sıra, APOK § 26 da, kurucu menfaatlerine ilişkin düzenlemelerinde ‘özel menfaatler’den söz etmekte ve bunların kurucular ve üçüncü kişiler lehine sağlanabileceğini açıkça ifade etmektedir.¹⁷⁷ TTK md. 348 ise, üçüncü kişileri kapsamayacak şekilde kaleme alınmıştır. Ayrıca kanun koyucunun madde başlığı olarak “Kurucu Menfaatleri” ifadesini tercih etmesi de,¹⁷⁸ adı geçen madde uyarınca sağlanacak menfaatlerin yalnızca kuruculara hasredilebileceğine işaret eder görünmektedir.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Yalnızca kuruluş işlemlerinden sorumluluk bağlamında ‘kurucu’ sayılanların dahi (TTK md. 337/2) bu menfaatlere hak kazanabileceği görüşü için bkz. *Domaniç*, Şerh II, s. 208.

¹⁷⁶ Aynı yönde bkz. İsviçre hukukunda, *Küchler*, s. 54; Alman hukukunda, *Solveen*, D.: Aktiengesetz Kommentar (Hrsg.: *Hölter*, W.), 2. Aufl., München 2014, AktG § 26 Rn. 3; *Koch*, AktG § 26 Rn. 2; *Röhricht*, s. 111-112, AktG § 26 Rn. 2; *Arnold*, s. 494, AktG § 26 Rn. 5; *Eckardt*, s. 331, AktG § 26 Rn. 8.

Teoman (İntifa Senetleri, s. 131, 132), menfaatlerin kuruluşta payları ile orantılı olarak tüm pay sahiplerine tanınması halinde, bunun ancak olağan intifa senetleri bağlamında gerçekleştirilebileceğinin altını çizmekte ve bu halde nitelikli kuruluş formalitelerinin yerine getirilmesine gerek olmadığını belirtmektedir.

¹⁷⁷ İBK’da 1991 yılında yapılan değişikliğe kadar bu menfaatler Kanun’da ‘kurucu menfaatleri’ olarak adlandırılmaktaydı. Öte yandan, o zaman dahi, bu menfaatlerin üçüncü kişilere de ve aynı zamanda sermaye artırımında da sağlanabilecekleri kabul edilmekteydi, bkz. *Küchler*, s. 51. Bu bağlamda, kavramın, ‘kurucu menfaatleri’ olarak adlandırılmasına yönelik eleştiriler için bkz. *Vischer*, *Gründungsstadium*, s. 70; *Druey/Druey Just/Glanzmann*, s. 116.

APOK § 26 hükmünde ‘üçüncü kişiler’in de düzenleme kapsamına alınması, Avrupa Birliği Direktiflerine uyum çalışmalarının bir sonucu olarak sonradan gerçekleştirilmiştir: *Röhricht*, s. 111, AktG § 26 Rn. 1.

¹⁷⁸ eTTK md. 298, “Sağlanabilecek hususi menfaatler” başlığını taşımakta idi.

¹⁷⁹ eTTK md. 298 (TTK md. 348) hükmünün amaçlarından bir tanesinin de, kurucu intifa senetlerinin yalnız kuruculara verilmesini sağlamak olduğu yönündeki görüş için bkz. *Birsel*, M.T.: “Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Temsil Etmiyen Senetler”, BATİDER 1966, C. III, S. 4 (Senetler), s. 654. Aksi yönde bkz. *Domaniç*, Şerh II, s. 1070; *Doğanay*, s. 901; *Ülgen*, s. 116; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 164 – 166.

Kurucu menfaatlerinin kuruculara veya üçüncü kişilere tanınabileceğini ifade etmekle beraber, TTK md. 348 hükmünde düzenlenen kurucu intifa senetlerinin kurucu menfaatlerinin bir alt türü olduğu ve bu hüküm kapsamında ihdas edilecek kurucu intifa senetlerinin yalnızca kuruculara verilebileceği hususunda bkz. *Teoman*, Ö.: “Kurucu İntifa Senedi Sahiplerinin Kârdan Pay Alma Haklarının İlk Esas

TTK md. 348 çerçevesinde menfaatlerin tanınabileceği kişilerin kapsamının belirlenmesinde bir diğer ölçüt olarak, esas sözleşmenin içeriğine ilişkin TTK md. 339 düzenlemesi dikkate alınabilir. TTK md. 339/2, esas sözleşmeye yazılacak hususları düzenlerken (e) bendinde, ortaklığa getirilen aynı sermayelerden, bunların değerleri ve karşılığında verilecek payların miktarından, bir işletme ve ayın devralınması söz konusu ise bunun bedelinden, (f) bendinde ise kurucularla yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere ortaklık kârından sağlanacak menfaatlerden bahsetmektedir. Böylece kuruluşu nitelikli hale getiren iki hal bir bentte (e bendi) düzenlenirken, aynı sonuca vücut veren üçüncü hal takip eden bentte (f bendi), yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere ortaklık kârından sağlanacak menfaatler ile birlikte anılmaktadır. Bu durum, mehzaz İBK'dan farklı olarak, kuruculara sağlanacak menfaatleri, yönetim kurulu üyelerine sağlanacak kazanç payları için öngörülenlere benzer ölçütlerle (TTK md. 511) sınırlayan TTK'nın, bu farklı düzenlemeye dikkat çekme amacı ile açıklanabilir.¹⁸⁰ Öte yandan TTK md. 339/2 hükmünün (e) bendinde ayrıca 'ortaklığın kurulmasında hizmetleri görülenlere verilmesi gereken ücret, ödenek veya ödülün tutarı' anılmaktadır. Ortaklığın kuruluşu sırasında harcanan emeğe karşılık kendilerine menfaat sağlanabilecek kişilerin TTK md. 348 hükmünde kurucularla sınırlandırılmış olması karşısında, TTK md. 339/2 hükmünde adı geçen 'ortaklığın kurulmasında hizmetleri görülenler',

Sermaye Tutarı ile Sınırlı Olup Olmadığı Sorunu", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VII, Ankara 1990 (Kâr Payı), s. 91, 92.

Kurucu senetlerinin mutlaka kurucular arasında dağıtılması gerekmediği, kurucuların, oy birliğiyle, kendilerine tanınan bu hakların veya bunları temsil eden senetlerin bir kısmını bu sıfatı haiz olmayan bir veya birkaç kişiye devredebilecekleri hususunda bkz. *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 483.

¹⁸⁰ Kurucu menfaatlerini, kuruluşu nitelikli hale getiren diğer iki halden ayıran bir diğer husus da, TTK'nın kurucu menfaatleri için bilirkişi incelemesi yapılmasını öngörmemiş olmasıdır. *Tekinalp* (Yeni Hukuk, s. 188 Nr. 10-67) bu durumu, menfaatin oranının ve hangi ayrımlardan sonra sağlanabileceğinin açık biçimde belirtilmesine bağlamaktadır. Özel menfaatlerin kapsamını 'kâra katılma'dan daha geniş yorumlayan *Akdağ Güney*'in bu husustaki eleştirisi ve özel menfaatlerin de bilirkişi denetimine tabi olması gerektiği yönündeki görüşü için ayrıca bkz. *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 176, 177.

İBK'nın kurucuların yanı sıra lehlerine özel menfaatler sağlanabileceğini öngördüğü üçüncü kişiler olsa gerektir. Bununla beraber, Türk hukuku açısından, TTK md. 339/2.e uyarınca bu kişilere verilecek 'ücret, ödenek veya ödül'ü, kurucu menfaatlerinin aksine, ortaklık malvarlığından sağlanacak sürekli bir kazanç şeklinde değil, bir defaya mahsus verilecek karşılık biçiminde anlamak yerinde olacaktır.¹⁸¹ Zira kuruculara ve yönetim kurulu üyelerine sağlanabilecek kâr payları için açık sınırlamalar öngören TTK'nın, kapsamı ve ortaklık ile ilgileri belli olmayan 'hizmeti görülenler'e sağlanacak haklar bakımından bir sınırlama öngörmemiş olması mantıklı bir biçimde açıklanamayacaktır. O halde, TTK md. 339/2 (f) bendinde, kurucular ve yönetim kurulu üyeleri ile birlikte 'diğer kimseler'in de ortaklık kârından menfaat sağlanabilecekler arasında sayılması, kanımızca, üçüncü kişilerin de kurucu menfaati tanınabilecekler kapsamına dâhil edildiği şeklinde yorumlanmamalıdır.¹⁸² Burada, tahvil sahipleri¹⁸³ ya da olağan intifa senedi sahiplerinin ifade edilmek istendiği düşünülebilir. Nitekim adı geçen bentte, kurucular ve diğer kimselerin yanı sıra sayılan yönetim kurulu üyeleri de ortaklık

¹⁸¹ *İmregün* (Anonim Ortaklıklar, s. 47-50), aynı maddede iki farklı bentte yer alan, 'kuruluştaki emeği geçenlere verilecek ücret, ödenek veya ödül' ile 'kurucular, yönetim kurulu üyeleri ve diğer kimselere sağlanacak menfaatler'i bir arada anmakta; bu bağlamda, kuruluştaki hizmeti geçenlere, (e) bendi uyarınca bir defaya mahsus ödeme yapılabileceği gibi, (f) bendi uyarınca süreklilik gösteren bir menfaat de sağlanabileceğini ifade etmektedir. Benzer şekilde *Bahtiyar* (Anasözleşme, s. 164, 165) da, 'ücret, ödenek veya ödül'ü, bir defaya mahsus bir ödeme olarak değerlendirmektedir. Ancak yazar, (e) bendinin kuruculara tanınabilecek yeni pay alma hakkını da kapsadığına ilişkin olarak *Domaniç*'in (Şerh II, s. 207) görüşünü paylaşmakta, hatta buna ek olarak, söz konusu bent çerçevesinde kuruculara tasfiyeden pay alma hakkının da tanınabileceğini ileri sürmektedir.

Bentte sayılan 'ücret, ödenek, ödül', APOK'ta da özel menfaatlerden ayrı olarak ve kuruluş masrafları kapsamında değerlendirilmektedir (APOK § 26/2).

Ayrıca, yürürlükten kalkan, kurucular beyanına ilişkin TTK md. 349/3 hükmünde 'kuruculara tanınan menfaatler' ile 'diğer hizmet verenlere ödenen ücretler'in ayrı ayrı zikredilmiş olması da, adı geçen iki kavramın konu ve muhatapları bakımından farklılık gösterdiğine ilişkin görüşümüze destek olarak sunulabilecek bir diğer husus olarak ifade edilebilecektir.

¹⁸² Dolaylı olarak aynı yönde bkz. *Coşgun*, Ö.K.: *Şirketler Hukuku* (Ed.: *Karahan*, S.), 2. Bası, Konya 2013, s. 366. Aksi yönde bkz. *Doğanay*, s. 901; *Domaniç*, Şerh II, s. 1070.

Domaniç (Şerh II, s. 210) ve *Bahtiyar* (Anasözleşme, s. 171), üçüncü kişilere de menfaat sağlanabileceğini kabul etmekle birlikte, kurucular ve yönetim kurulu üyelerinin aksine, adı geçen kişilere sağlanacak menfaatlere ilişkin oransal bir sınırlama bulunmamasını eleştirmektedir.

¹⁸³ *Arsıslanlı*, Anonim Şirketler C.II-III, s. 310.

kazancından pay almakla birlikte, bu hakkı kurucu menfaati sahipliği sıfatı ile kazanmamaktadırlar.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, kurucu menfaatlerinin yanı sıra yönetim kurulu üyelerine verilen kazanç payları ile üçüncü kişilere ortaklık kârından yapılan ödemelerin de kuruluşu nitelikli hale getirip getirmeyeceği sorunu gündeme gelebilecektir. eTTK döneminde, esas sözleşmenin içeriğine ilişkin eTTK md. 279/2, 5. bentte (TTK md. 339/2 (f) bendi) kurucuların yanı sıra yönetim kurulu üyeleri ile diğer kimselere ortaklık kazancından sağlanacak menfaatlerin zikredilmesinden hareketle, bahis konusu diğer ödemelerin de kuruluşu nitelikli hale getireceği sonucuna varılabileceği belirtilmiş; ancak kuruluş genel kurulunca karara bağlanma gerekliliğinin yalnızca kuruculara tanınacak menfaatler bakımından arandığına (eTTK md. 289, b.3) da dikkat çekilmiştir.¹⁸⁴ Sonuçta, eTTK md. 279 hükmüne öncelik verilmesi ve kurucular hariç diğer kişilere sağlanacak menfaatlerin de nitelikli kuruluşu vücut vereceğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.¹⁸⁵ Kanımızca, sorunun çözüme kavuşturulabilmesi için öncelikle, ortaklığa aynı sermaye konulması, kuruluşta işletme ya da aynın devralınması ve kuruculara menfaat sağlanması hallerinin neden nitelikli kuruluşu vücut verdiğinin değerlendirilmesi uygun olacaktır. Kuruluşta ortaklığa sermaye getirilmesi aşamasında kurucuların hem ortaklık ile hem de birbirleri arasında menfaat çatışması mevcuttur.¹⁸⁶ Dolayısıyla kurucuların, ilgili süreçte, ortaklık, pay sahipleri veya ortaklık alacaklıları zararına olabilecek işlemlere girişmeleri riski söz konusudur.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Poroy(Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 282, Nr. 483c.

¹⁸⁵ Poroy(Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 282, Nr. 483c; Akdağ Güney, Kuruluş, s. 161.

¹⁸⁶ Böckli, s. 127, Nr. 372.

¹⁸⁷ Kırca, s. 87, 88; Koch, AktG § 26 Rn.1.

Yukarıda ifade edilen üç nitelikli kuruluş hali ise, bahsi geçen menfaat çatışmaları ekseninde, kurucular tarafından kötüye kullanılmaya elverişlidir.¹⁸⁸ Zira ilk iki halde, ayınlara değer biçilmesi takdir yetkisinin kullanılmasını gerektirmekte; menfaatlerin tanınmasında ise, kuruluşla eş zamanlı olarak ortaklıktan aktif çıkışının gerçekleştirilmesi olasılık dâhilinde bulunmaktadır.¹⁸⁹ Anılan gerekçelerle, belirtilen üç halden biri ya da birkaçının kuruluşta mevcut olduğu durumlarda, kuruluşun basit kuruluşu nazaran daha ‘merasimli’ hale getirilmesine ihtiyaç duyulmuştur. Bu bağlamda, adı geçen hususların esas sözleşmeye yazılması (eTTK md. 279/2, TTK md. 339/2), ayınlara mahkemece atanan bilirkişilerce değer biçilmesi (TTK md. 343) ve eTTK döneminde, ilgili işlemlerin ayrıca kuruluş genel kurulunca kabulü/onaylanması (eTTK md. 289/ b. 2, 3) gibi birtakım fazladan işlemler öngörülmüştür.¹⁹⁰ TTK çerçevesinde, kurucu menfaatlerine ilişkin olarak bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek bulunmadığı gibi, tedrici kuruluş hükümlerinin Kanun kapsamından çıkarılması sonucunda, artık kurucu menfaatlerinin kuruluş genel kurulu tarafından onaylanmasından da söz edilemeyecektir. İşlem denetçisi kurumu, yürürlüğe girmesinden hemen önce 6335 sayılı Kanun ile TTK kapsamından çıkarıldığından, menfaatlere ilişkin olarak kuruluş aşamasında özel bir denetleme de yapılmayacaktır. Buna rağmen, malvarlığının korunması ilkesi, açıklama yükümü¹⁹¹ ve TTK md. 339/2.f uyarınca, kurucu menfaatlerinin esas sözleşmede gösterilmesi hala bir zorunluluktur. Öte yandan, esas sözleşmede gösterilme zorunluluğunun, tek başına, kurucu menfaatleri tanınması halinde dahi nitelikli kuruluştan bahsedilmesini

¹⁸⁸ *Kendigelen*, Kuruluş, s. 311.

¹⁸⁹ *Böckli*, s. 127, 128, Nr. 373.

¹⁹⁰ *Poroy(Tekinalp/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 280, Nr. 483.

¹⁹¹ *Poroy(Tekinalp/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 280, Nr. 483.

gerektirmeyeceği de düşünülebilecektir.¹⁹² Ancak bu noktada, esas sözleşmede gösterilmenin, kurucu menfaatleri bakımından yalnızca açıklama yükümünün bir gereği olmadığı hususuna dikkat edilmelidir. Kanun koyucu, TTK md. 348 hükmünde, kuruculara para ve bedelsiz pay senedi verilmesi gibi menfaatler tanınamayacağını, ilgili kişilere yalnızca dağıtılabilir kârdan pay verilebileceğini öngörmek suretiyle, kuruluşla eş zamanlı olarak ortaklıktan aktif çıkışı gerçekleştirilmesi riskini açık bir kanun hükmü vasıtasıyla bertaraf etmeyi amaçlamıştır. Bununla birlikte, TTK sistemi içerisinde, kurucu menfaatlerinin Kanun'un bu emredici hükmüne (TTK md. 348) uygun biçimde tanınıp tanınmadığının denetlenmesine olanak tanıyan tek mekanizma, ticaret sicili müdürünün, anonim ortaklığın tescili sırasında, esas sözleşmenin emredici hükümlere aykırı olup olmadığını incelemesi biçiminde ortaya çıkmaktadır (TTK md. 32/2).¹⁹³ Dolayısıyla, kurucu menfaatleri için esas sözleşmede gösterilme zorunluluğunun, gerçekten de nitelikli kuruluşla ilişkin önlemler çerçevesinde öngörüldüğü sonucuna varılabilecektir. Öte yandan, yönetim kurulu üyelerinin kazanç payları ve ortaklık kazancından pay verilebilecek diğer kimseler kapsamında değerlendirilebilecek tahvil sahipleri bakımından aynı yorumun yapılması mümkün görünmemektedir.¹⁹⁴ Zira yönetim kurulunun kazanç paylarının oranının belirlenmesi, kural olarak anonim ortaklık genel kurulunun yetkisinde olduğundan (TTK md. 409/1), genel kurulun TTK md. 511 hükmü ile öngörülen sınırlara uymaması halinde, TTK md. 447/1.c uyarınca, kararın butlanının tespitinin istenmesi

¹⁹² *Bilgili/Demirkapı*, s. 221, dn. 101.

¹⁹³ TTK md. 348/3 hükmü dolayısıyla, kuruculara kârdan hangi oranda pay verileceğinin esas sözleşmede gösterilmesi gerekmektedir.

Kurucu menfaatlerine ilişkin tek denetim mekanizmasının, sicil müdürünün tescil sırasında esas sözleşmeye ilişkin incelemesi olması, aynı zamanda, esas sözleşmede menfaat türü ve miktarının da gösterilmesi gerektiği doğrultusundaki görüşümüzü de destekler niteliktedir.

¹⁹⁴ Aksi yönde bkz. *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 162, 163.

suretiyle anonim ortaklığın malvarlığının korunması sağlanabilecektir. Tahvillere ilişkin olarak artık TTK'da herhangi bir hüküm yer almamakla birlikte, eTTK düzenlemeleri temel alınarak bir kanaate varılması mümkündür. eTTK md. 423 hükmü, esas sözleşme tahvil çıkarılmasına uygun olsa dahi konu hakkında genel kurulun karar alması gerektiğini belirtmekte; ayrıca, ilgili kararın alınabilmesi için özel nisaplara uyulmasının, kararın uygulanabilmesi için de tescil ve ilanının zorunlu olduğunu hükme bağlamaktadır. Bahsolunan kapsamlı tedbirlerin mevcudiyetinde, tahvil sahiplerine ortaklık kazancından menfaat sağlanacağını esas sözleşmede gösterilmesinin, tüm anılanlara ek olarak, bir diğer nitelikli kuruluş önlemi biçiminde öngörülmüş bulunduğunu kabul etmek kanımızca anlamlı olmayacaktır.

Lehine kurucu menfaati tanınabilecek kişilere ilişkin olarak bu çerçevede değinilmesi gereken son bir husus, sermaye artırımını dolayısıyla yönetim kurulu tarafından hazırlanacak beyanın içeriğini belirleyen TTK md. 457 hükmüdür. Hükmün ikinci fıkrasının (d) bendinde, hizmet sunanlara ve diğer kimselere ödenen ücretler, sağlanan menfaatler hakkında emsalleriyle karşılaştırma yapılarak bilgi verilmesi gereği ifade edilmektedir. Yukarıdaki açıklamalarımız ve özellikle, ilerleyen bölümlerde detaylı biçimde ele alınacak olan, sermaye artırımında kurucu menfaatleri tanınamayacağı yönündeki görüşümüz çerçevesinde, burada adı geçen 'menfaatler' ifadesinin kurucu menfaatleri olarak değil, üçüncü kişilere hizmetleri karşılığında bir defalık yapılacak ödemeler olarak anlaşılması gerektiği kanısındayız.¹⁹⁵

¹⁹⁵ İBK'da kuruluş hükümlerinin yanı sıra sermaye artırımına ilişkin hükümlerde de 'özel menfaatler' açıkça anılmasına karşın (Art. 650/2.6, Art. 652e/5), bunların yalnızca kuruluşta tanınabileceği yönündeki görüş için bkz. *Waldburger*, M.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530-771 OR (Hrsg.: Roberto, V., Trüeb, H.R.), 2.

Limited ortaklığın kuruluş hükümleri arasında yer alan, kurucu menfaatlerine ilişkin bazı düzenlemelerin, limited ortaklıklarda kurucu menfaatleri için anonim ortaklıklara kıyasla daha farklı bir rejim öngöründüğü izlenimini oluşturduğu önceden ifade edilmişti. Bahis konusu düzenlemelerden biri, menfaatlerin tanınabileceği kişilerin kapsamına ilişkindir. Her şeyden önce, limited ortaklığın ilgili hükümlerinde ağırlıklı olarak tercih edilen terimin, üçüncü kişilere de menfaatler tanınabileceğini açıkça öngören İBK ve APOK'takine benzer şekilde, 'özel menfaatler' olduğu vurgulanmalıdır (bkz. TTK md. 578 ve 587). İstisnaen TTK md. 582 hükmünün başlığında 'kurucu menfaatleri' ifadesi kullanılmasına rağmen, adı geçen hüküm, 'ortaklığın kurulmasında hizmeti geçenlere tanınan menfaatler'den bahsetmekte; dolayısıyla, TTK md. 348 düzenlemesinin aksine, menfaat sahipleri olarak kuruculara özel bir vurgu yapmamakta ve üçüncü kişilere kurucu menfaati tanınip tanınamayacağı hususunda lâfzî bir netlik içermemektedir. Limited ortaklıklara ilişkin hükümlerde yer alan söz konusu kavram farklılığının, ilgili hükümlerin İBK'dan alınmaları sırasında, bunların, TTK'nın anonim ortaklıklara ilişkin kurmuş olduğu sistemle uyumlaştırılmasına çaba gösterilmemesinden kaynaklanması muhtemeldir.¹⁹⁶ Bu nedenle, ifade edilen durumun, TTK çerçevesinde kurucu

Aufl., Zürich 2012, s. 270, Art. 628 Nr. 13. Ayrıca yazar, menfaatlerin her halükârda sonradan gerçekleştirilecek bir esas sözleşme değişikliği ile tanınamayacağını altını çizmektedir. APOK § 26/1 hükmünde, özel menfaatlerin yalnızca kuruluş aşamasında tanınabilecek olduğuna ilişkin açık bir belirleme yer almamakla birlikte, ilgili Kanun şerhlerinde, söz konusu menfaatlerin ancak kuruluşla bağlantılı olarak tanınabileceği özellikle vurgulanmaktadır. Zira hükmün üçüncü fıkrasında, esas sözleşmede kurucu menfaatlerine ve kuruluş giderlerine ilişkin belirlemeler yapılmadığı takdirde, anonim ortaklığın ticaret siciline tescilinin ardından yapılacak esas sözleşme değişikliğinin, geçersizliği ortadan kaldırmayacağı ifade edilmektedir: *Röhrich*, s. 112, AktG §26 Rn. 3; *Arnold*, s. 494, AktG § 26 Rn. 5; *Seibt*, s. 516, AktG § 26 Rn. 4; *Pentz*, AktG § 26 Rn. 8; *Koch*, AktG § 26 Rn. 2; *Limmer*, P.: Kommentar zum Aktiengesetz (Hrsg.: *Spindler*, G., *Stilz*, E.), 3. Aufl., München 2015, AktG § 26 Rn. 2; *Solveen*, AktG § 26 Rn. 3; *Wardenbach*, AktG § 26 Rn. 2.

¹⁹⁶ İBK md. 777c/2.1 hükmünde, aynı sermaye konulması, ayın devralınması ve özel menfaatlere ilişkin olarak esas sözleşmede gösterilmesi gerekenler hususunda anonim ortaklık hükümlerine atıf yapılmakta, bu atfın karşılığını ise anonim ortaklık düzenlemeleri arasında yer alan İBK md. 628 oluşturmaktadır. TTK md. 578 hükmü de benzer bir atıf içermekle birlikte, TTK'da, adı geçen üç hali doğrudan konu alan İBK md. 628 benzeri bir hüküm yer almamaktadır.

menfaatleri bağlamında limited ortaklıklara anonim ortaklıklardan farklı bir rejim uygulanmasını gerektirmediği kanısındayız.

IV.KURUCU MENFAATLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kuruculara sağlanan menfaatler, herhangi bir paya ya da pay grubuna bağlı olmayıp, bizzat şahısların kendilerine tanınırlar.¹⁹⁷ Paya ya da pay grubuna bağlı haklar şahıslardan bağımsızdırlar; paya sahip olan kişiler, buna bağlı olan hakların da sahibi olurlar. Bu nedenle paya tanınan imtiyazların tüzel kişiliksel haklar olduğundan şüphe duyulmamaktadır.¹⁹⁸ Kurucu menfaatlerine ilişkin olarak ise, bir görüş, kurucuların oybirliği ile aldıkları bir karar sonucu esas sözleşmede öngörülme suretiyle tanınmalarından ve nitelik itibarıyla anonim ortaklık hukukuna özgü haklar içerdikleri düşüncesinden hareketle, bunların da tüzel kişiliksel niteliği haiz olduklarını savunur.¹⁹⁹ Benzer şekilde, kurucuların, menfaatlerini anonim ortaklıktan talep haklarının, ilgili menfaatlerin esas sözleşmede gösterilmeleri sonucu vücuda geldiklerinin kabulü de, yine tüzel kişiliksel nitelikte hakların mevcudiyetine işaret

İBK'nın limited ortaklığı düzenleyen hükümleri TTK'ya aktarılırken, anonim ortaklık için oluşturulan sistemle uyumlaştırma çabası gösterilmemiş olduğu görüşümüze neden olan diğer hususları ise, limited ortaklık sözleşmesinde bulunması gereken unsurların sayıldığı TTK md. 587 hükmünde, 'özel menfaatlerin içerik ve değeri'nden bahs olunması ve ortaklık sözleşmesinde yer alacak olan, 'içerik ve değer'e ilişkin bu düzenlemenin, anonim ortaklık esas sözleşmesi için yapılan belirlemeden farklı biçimde, tescilin olumlu etkisinden yararlanacağının öngörülmesi teşkil etmektedir. Konulara ilişkin açıklamalar ilerleyen bölümlerde yapılacaktır.

¹⁹⁷ *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 480; *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 1,2; *Ülgen*, s. 105; *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 701, Nr. 1216; *Ulusoy*, Y.:Anonim ve Limited Şirketlerde Kârın Tesbiti Dağıtımı ve Vergilendirilmesi, Ankara 1984, s. 401; *Kendigelen*, İntifa Senetleri, s. 58; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 164; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 147, § 15 N 25; *Böckli*, s. 133, Nr. 391; *Küchler*, s. 55; *Waldburger*, s. 270, Art. 628, Nr. 11; *Druey/Druey Just/Glanzmann*, s. 116 Nr. 39; *Röhrich*, s. 112, AktG § 26 Rn. 3; *Eckardt*, AktG § 26 Rn. 7; *Pentz*, AktG § 26 Rn. 8.

¹⁹⁸ *Vischer*, Gründungsstadium, s. 71.

¹⁹⁹ *Böckli*, s. 133 Nr. 391. Yazar, kurucu menfaatleri örnekleri arasında yalnızca pay sahiplerinin mali nitelikteki haklarından birkaçını anmakta olduğundan, yazarın kurucu ile anonim ortaklık arasında ürün alım-satımına vb. ilişkin olarak yapılması muhtemel sözleşmeleri kurucu menfaatleri kapsamında değerlendirmede anlaşılmaktadır. Nitekim bahis konusu yaklaşım, yazarın, kurucu menfaatlerinin tüzel kişiliksel haklar ihtiva ettiğine ilişkin ifadesi ile tutarlılık göstermektedir.

etmektedir. Bir diğerk görüşe göre ise, kurucu menfaatleri aracılığıyla tanınan hakların, içerikleri tamamen anonim ortaklıklar hukukuna özgü olsa dahi, kurucularla ortaklık arası bir sözleşmeden kaynaklandıkları,²⁰⁰ esas sözleşmede gösterilmenin ise, yalnızca bahsi geçen hakların anonim ortaklıklar hukukunda hüküm ifade edebilmesi için gereken şekli geçerlilik koşulunu sağladığı kabul edilmelidir. İfade edilen son görüş uyarınca, menfaatlerin bir pay ya da pay grubundan bağımsız biçimde, yalnızca belirli kişiler lehine tanınabilmesi de, bunların menfaat sahipleri ile anonim ortaklık arasındaki bir sözleşme ilişkisinden doğmalarının doğal sonucu olarak değerlendirilmelidir.²⁰¹ Türk hukukunda da, bir kurucu menfaatinin varlığında, kurucular ile anonim ortaklık arasındaki ilişkinin bir sözleşme ilişkisi olduğu baskın görüşü oluşturmakta²⁰² ve biz de bu görüşe katılmaktayız. Her ne kadar kurucu menfaatlerinin doğmaları için, bunların öngörüleceği esas sözleşmenin ticaret siciline tescili gerekiyorsa da,²⁰³ söz konusu durum, ilgili hüküm veya hükümleri, esas sözleşmenin anonim ortaklığın anayasasını oluşturan ve ortaklık tüzel kişiliğinin temel organizasyonuna ilişkin düzenlemelerinden biri haline getirmemektedir.²⁰⁴ Bu nedenledir ki, esas sözleşmenin hükümleri, ‘tüzel kişiyi ve onun temel düzenini oluşturan hükümler’ ile ‘tüzel kişinin pay sahipleri ve üçüncü kişilerle ve pay sahiplerinin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen hükümler’

²⁰⁰ *Küchler*, s. 52; *Limmer*, AktG § 26 Rn. 5.

²⁰¹ *Küchler*, s. 52, 53.

²⁰² *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 486; *Teoman*, Kâr Payı, s. 92; *Kendigelen*, A.: “Kurucu İntifa Senetlerinin İtfası”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, I. Cilt, İstanbul 2009 (İtfa), s. 1067; *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 322; *Ülgen*, s. 107; *Paslı*, Tanıtım III, s. 215. Ancak bir başka eserinde *Teoman* (İntifa Senetleri, s. 83), ilişkinin ‘sözleşme’ olarak nitelendirilmesinin özellikle intifa haklarının kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bağlanmadığı durumlar için geçerli olduğunu dile getirmektedir. Aynı görüşte bkz. İsviçre hukukunda *Vischer*, Gründungsstadium, s. 71.

²⁰³ *Tekinalp* (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 701 Nr. 1216; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 164

²⁰⁴ *Röhricht*, s. 113, AktG § 26 Rn. 8.

şeklinde iki ayrı grupta değerlendirilebilmektedir.²⁰⁵ Bahsi geçen ayırım, kendisini, özellikle esas sözleşme hükümlerinin değiştirilme usulü bağlamında gösterir. Esas sözleşmenin, tüzel kişinin temel düzenine ilişkin hükümleri, TTK md. 452 vd. uyarınca anonim ortaklık genel kurulunda gerekli çoğunlukların sağlanması suretiyle tüm pay sahiplerini bağlayacak şekilde değiştirilebilmektedir. Buna karşın, kurucu menfaatlerini de kapsayan, pay sahipleri ya da üçüncü kişilere ortaklığa karşı haklar sağlayan ikinci grup esas sözleşme hükümleri, genel kurulun tek taraflı olarak alacağı bir kararla değiştirilemez.²⁰⁶ Söz konusu haklarda bir değişiklik yapılmak isteniyorsa, ortaklığa karşı hak elde etmiş olanların açık ya da örtülü rızalarının alınması gerekir.²⁰⁷ Benzer şekilde, ilgili hükümlerin, kurucu ile anonim ortaklığın anlaşması sonucu, esas sözleşmenin değiştirilmesi usullerinin izlenmesine gerek olmaksızın sözleşme kapsamından çıkarılması da mümkündür.²⁰⁸ Yapılan açıklamalar ışığında, kurucu menfaatlerinin anonim ortaklık ile kurucular arasındaki sözleşmesel bir ilişkinin sonucu doğduğunun ve adı geçen ilişkinin, hakların mevcut olduğu süre boyunca sözleşmesel niteliğini koruduğunun kabulü uygun olacaktır.

Hukukumuzda, kurucular ile anonim ortaklık arasındaki ilişkiyi sözleşmesel bir ilişki olarak niteleyen görüş sahipleri arasında, bu sözleşmenin hukuki niteliği tartışmalıdır. Tartışma, olağan intifa senedi sahipleri ile anonim ortaklık arasındaki sözleşme ilişkisinin nitelendirilmesi ekseninde gerçekleşmektedir. Baskın görüş uyarınca, sözleşmenin TBK’da yer alan sözleşme tiplerinden hiçbirine uymadığı

²⁰⁵ *Moroğlu*, Anasözleşme, s. 521, 522; *Frey*, M.: Statutarische Drittrechte im Schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1979, s. 60.

²⁰⁶ *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 486, 487; *Kendigelen*, Kuruluş, s. 322; *Domaniç*, Şerh II, s. 1071, 1072: Yazar ayrıca bu hakların sonradan artırılmasının da mümkün olmadığını eklemektedir. Ayrıca bkz. İsviçre hukukunda *Frey*, s. 62.

²⁰⁷ *Moroğlu*, Anasözleşme, s. 521, 522; *Bahtiyar*, Anasözleşme, s. 238; *Frey*, s. 62.

²⁰⁸ *Röhrich*, s. 113, AktG § 26 Rn. 8.

tespitinden hareketle, ‘kendine özgü’ bir sözleşmeden bahsedilmesi gerektiği ifade edilmektedir.²⁰⁹

Kurucu menfaatlerinin sağladığı haklar, kurucuların anonim ortaklıkla aralarındaki sözleşme sonucu anonim ortaklığa karşı elde ettikleri şarta bağlı bir talep hakkı olarak nitelendirilmektedir. Talep haklarının doğması, anonim ortaklığın ilgili faaliyet döneminde kâr etmesi ile kârın saptandığı bilançonun genel kurul tarafından onaylanması şartına bağlıdır. Ne zaman ki kârı belgeleyen bilanço anonim ortaklık genel kurulu tarafından onaylanır, o zaman kurucuların kâr payı hakları, anonim ortaklığa karşı muaccel bir alacak haline gelir. Bu görüş doğrultusunda, kendileri için esas sözleşmede öngörülen kâr payının kurucular tarafından talep ve dava edilebilmesi için, genel kurulun pay sahiplerine kâr dağıtılmasına karar vermiş olması gerekli değildir.²¹⁰ Kurucu menfaatlerine benzer şekilde, olağan intifa senetleri bakımından da şarta bağlı alacak hakkı nitelendirmesi yapılmaktadır.²¹¹

Şarta bağlı talep/alacak hakkı biçimindeki nitelendirme, kurucunun kârdan pay alma hakkı ekseninde yapılmakta, pay sahiplerinin malvarlığı haklarına ilişkin olmayan ya da anonim ortaklık malvarlığına etki etmeyecek nitelikteki menfaatler değerlendirme kapsamına alınmamaktadır.²¹² Ancak, kanımızca, kârdan pay alma biçiminde tezahür eden kurucu menfaati açısından dahi hukuki ve teknik anlamda bir şarttan bahsedilmesi uygun değildir. Borçlar hukukunda ‘şart’ kurumu, hukuki işlemle

²⁰⁹ Kurucu menfaatleri bağlamında: *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 322. Olağan intifa senetleri açısından bkz. *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 92, 93; *Birsel*, Senetler, s. 651; *Ernst*, s. 123, 124. Aksi yönde bkz. sözleşmeyi ‘adi ortaklık sözleşmesi’ olarak nitelendiren *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 702 Nr. 1218.

²¹⁰ *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 322.

²¹¹ *Arsanlı*, Anonim Şirketler C.I, s. 161; *Ülgen*, s. 107; *Doğanay*, s. 1208.

²¹² Kurucu menfaatleri çerçevesinde kuruculara ne tür hakların sağlanabileceği hususu, “Kurucu Menfaatlerinin Kapsamı” adlı bölümde detaylı olarak ele alınacaktır.

doğması istenen hukuki sonuçların, tarafların iradesi ile gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olguya bağlanması biçiminde tanımlanmaktadır.²¹³ Taraflar arasındaki sözleşmenin geciktirici bir şarta bağlanması, ilgili şart gerçekleşinceye kadar sözleşmenin hukuki etkilerinin askıya alınmasını gerektirirken;²¹⁴ kurucu menfaatleri bahis konusu olduğunda, faaliyet dönemi kârla sonuçlanmadıkça menfaatlerin doğmamış ya da askıda olduğunu ifade etmek olası görünmemektedir. Kaldı ki, şartın gerçekleşmemesi halinde işlemin geçersizliğinden²¹⁵ de söz edilemeyecektir.

Talep ve alacak hakkı kavramlarının ayrıştırılması ve aralarındaki farkların saptanması bu çalışmanın kapsamını aşacağından, söz konusu hususa temas edilmeyecek;²¹⁶ yalnızca, alacak hakkı ile talep hakkının sadece muaccel bir alacağın varlığında aynı anlama geldiği hususuna değinilmekle yetinilecektir.²¹⁷ Bilançoda kârın varlığı halinde, kurucu menfaati/intifa senedi sahibi, muaccel hale gelen alacağını ortaklıktan talep edebilecektir. Alacak hakkı, borçlunun edimi alacaklıya borçlandığı anda doğduğundan,²¹⁸ kârdan pay alma biçimindeki kurucu menfaati veya olağan intifa senedi sahibinin hakkını, ‘talep hakkı’ndan ziyade ‘alacak hakkı’ olarak adlandırmak daha uygun görünmektedir. Zira esas sözleşmenin tesciliyle, hak sahibi ile ortaklık arasındaki sözleşme geçerli biçimde kurulacak ve anonim ortaklığın hak sahibine karşı borcu doğacaktır. Bununla birlikte alacak hakkı, talep hakkının yanı sıra def’i hakları ile faiz, ceza koşulu, kefalet, rehin hakkı gibi bazı yan

²¹³ *Sirmen*, L.: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s. 52.

²¹⁴ *Sirmen*, s. 53.

²¹⁵ *Sirmen*, s. 130, 131.

²¹⁶ Kavramların ayrıştırılması ve detaylı bilgi için bkz. *Eren*, s. 77-82; *Kocayusufoğlu*, s. 39-44.

²¹⁷ *Eren*, s. 77.

²¹⁸ *Eren*, s. 80.

hakları da kapsadığından,²¹⁹ kârdan pay alma menfaati veya olağan intifa senedi sahibinin, kâr payı muaccel hale gelmeden önceki dönemde bir alacak hakkı sahibi olduğunu söylemek de güçtür.

Alman hukukunda, kurucu menfaatleri ile sağlanan hakların ‘alacak hakkı’ olduğu hâkim görüşü oluşturmaktadır.²²⁰ Bu görüş, gerek kurucu menfaatleri gerekse olağan intifa senetleri açısından ‘katılma hakkı’ görüşünün benimsendiği İsviçre hukukunda, hakların tek yanlı olarak anonim ortaklık tarafından tanımlanması ve kâra veya tasfiye artığına katılmaya ilişkin talep haklarının genel kurul kâr veya tasfiye artığı dağıtma yönünde bir karar alana kadar ortaya çıkmaması noktalarında eleştirilmektedir.²²¹ ‘Alacak hakkı’ görüşünün aleyhine olarak İsviçre hukukunda sıklıkla ifade edilen bir diğer husus ise, intifa haklarının, alacak hakkının aksine, ödemenin iadesini talep ve faiz isteme haklarını sağlamamalarıdır.²²²

Olağan intifa senetlerinin, sahiplerine katılma hakkı tanıdığını savunan görüş²²³ uyarınca senet sahipleri, değişen ortaklık malvarlığına bir değer ölçüsünde (intifa

²¹⁹ Eren, s. 82.

²²⁰ Bununla birlikte yine Alman hukukunda, bazı pay sahipliği haklarının belli olayların gerçekleşmesi halinde (genel kurulun kâr dağıtma kararı, tasfiye artığının ortaya çıkması, sermaye artırımına karar verilmesi gibi) pay sahipliğinden ayrılarak bağımsız bir alacak hakkı haline geleceği, ‘güçlendirilmiş pay sahipliği hakları’ başlığı altında açıklanmakta; kâra katılma, tasfiye artığına katılma ve yeni pay alma haklarının da bu kapsamda olduğunun özellikle altı çizilmektedir: Heider, K.: MüKo, AktG § 11 Rn. 24-26. Bahsi geçen tespit, intifa senetlerinden doğan hakların, belli olayların gerçekleşmesine bağlanmaksızın doğrudan alacak hakkı olarak nitelendirilmesiyle bağdaşmamakta, ‘katılma hakkı’ görüşüne daha yakın bir anlatıma vücut vermektedir.

Ayrıca, kurucu menfaatleri için ‘alacak hakkı’ nitelendirmesi yapan Alman öğretisindeki yazarların, söz konusu nitelendirmeyi, menfaatler kaynaklı talep haklarının pay sahipliğinin bir sonucu olarak ortaya çıkmadıklarını, aksine pay sahipliğinin yanında yer aldıklarını vurgulamak amacıyla kullandıkları dikkatleri çekmektedir. Bkz. Koch, AktG § 26 Rn. 2.

²²¹ Böckli, s. 645, Nr. 73.

²²² Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 621 § 47, N 5.

²²³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 700 Nr. 1215; Teoman, İntifa Senetleri, s. 76,77; Trüeb, Art. 657, s.396 Nr. 2; Hess, B., Rampini, C., Spillmann, T.: BSK OR II, s. 501, Art. 657

senetlerinin itibari değeri²²⁴ veya sayısına göre) katılmaktadırlar.²²⁵ Katılma hakları, alacak hakkı olmamakla beraber, alacak hakkına dönüşebilmektedirler.²²⁶

Kanımızca, kârdan pay alma biçiminde tezahür eden kurucu menfaatleri (senede bağlanmış olsun ya da olmasın) ile olağan intifa senetlerine ilişkin olarak, ‘katılma hakkı’ görüşünün benimsenmesi daha uygundur. Zira adı geçen araçlar, hak sahiplerinin anonim ortaklık kârına esas sözleşmede belirlenen oranlarda katılımlarını sağlamakta; dolayısıyla hak sahibi kişilerin, Kanun’un olanak tanıdığı ölçüde anonim ortaklığın ekonomik yapısına dâhil olmalarını mümkün kılmaktadırlar.

Kurucu menfaatlerinin kârdan pay alma hakkı haricindeki tezahür şekillerinde ise (tesislerden yararlanma, ortaklığa getirilen ayni sermayenin satımında ön alım hakkı tanınması, ortaklıkta uygun veya ömür boyu bir göreve atanma, ortaklığın ürün alım-satımına ilişkin olarak kurucuya karşı sözleşme yapma yükümlülüğü altına girmesi) sonradan alacak hakkına dönüşecek bir ‘katılma hakkı’ndan ziyade, baştan itibaren bir ‘alacak hakkı’nın mevcudiyetini kabul etmek daha uygun görünmektedir. Zira bahsi geçen olasılıklarda, menfaatlerin niteliklerine uygun olarak kurulacak ve kurulmasıyla birlikte taraflara TBK anlamında alacaklı ve borçlu sıfatlarını kazandıracak sözleşmeler söz konusu olacaktır.

Nr. 1. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (s. 621 § 47 Rn. 5) intifa senetlerinin sağladığı hakkı, ‘özel bir tür katılım hakkı’ olarak nitelendirmektedirler.

²²⁴ Türk Hukukunda olağan intifa senetleri, sermayenin bir bölümünü temsil etmediklerinden, itibari değerleri de bulunmamaktadır; dolayısıyla bu değer ölçüsü Türk Hukuku açısından geçerli değildir. (Katılma intifa senetlerinin gösterdiği farklı özellikler, ilgili başlık altında incelenecektir.) Olağan intifa senetlerin itibari değeri olarak da çıkarılabilecekleri; ancak bunun niteliklerine uygun olmadığı, öte yandan senet üzerinde toplam sayı veya kesrin belirtilmesinin, değer ölçüsünün belirlenmesi açısından yararlı olacağı hususlarında bkz. *Tekinalp(Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 705 Nr. 1226.

²²⁵ *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 703 Nr. 1222.

²²⁶ *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 709 Nr. 1239; *Hess/Rampini/Spillmann*, s. 502, Art. 657 Nr. 4.

V. KURUCU MENFAATLERİNİN TANINMASININ KOŞULLARI

1. Kurucu Menfaatlerinin Hangi Anda Tanınabileceği Sorunu

eTTK'dan farklı olarak TTK, kurucular lehine intifa senedi çıkarılmasının yalnızca ilk esas sözleşmeyle mümkün olduğu hususunda (eTTK md. 402/2) bir düzenleme içermemektedir. Öte yandan, kurucu menfaatlerinin, kurucuların kuruluştaki sarf ettikleri emeğin karşılığı olarak öngörülmesi, menfaatlerin ilk esas sözleşme ile tanınmasını gerektirir. Dolayısıyla, konuya ilişkin açık ifadenin Kanun kapsamından çıkarılmasını, TTK döneminde böyle bir zorunluluk bulunmadığı şeklinde yorumlamak uygun olmayacaktır.²²⁷ Kanımızca, kanun koyucunun bu tercihinin, kurucu menfaatlerinin doğası gereği mevcut olan ilk esas sözleşmeyle tanınma zorunluluğunun, Kanun metninde ayrıca zikredilmesine gerek görülmediği biçiminde değerlendirilmesi gerekir. Nitekim esas sözleşmenin içeriğine ilişkin TTK md. 339/2 (f) bendinde, 'kuruculara kazançtan pay verilmesi' halinin ifade edilmesi, kuruluş sırasında bu yönde bir karar alındığı takdirde, düzenlemenin geçerli olabilmesi için bahsi geçen hususun ilk esas sözleşmede belirtilmesi zorunluluğuna işaret etmektedir.²²⁸ Her ne kadar kuruculara tanınabilecek menfaatler ve bunun kapsamı TTK md. 348/1 hükmü ile sınırlanmışsa da, ilk esas sözleşmeyle tanınabilme

²²⁷ Bkz. TTK döneminde verilmiş olan ve kurucu intifa senetlerinin yalnızca kuruluş esas sözleşmesinde öngörülmesi halinde geçerlilik kazanacağını belirten Yargıtay kararı: Yargıtay 11. HD, T. 8.12.2014, E. 2014/12007, K. 2014/19252 (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 9.7.2016). Aksi yönde bkz. *Gürbüz Usluel*, A.E.: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, Ankara 2016 (Kâr Payı), s. 126.

²²⁸ Aynı yönde bkz. *Bahtiyar*, Anasözleşme, s. 152 vd.; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 166. *Kendigelen* (İntifa Senetleri, s. 69), TTK md. 339/2.f hükmünün, bir sözleşme değişikliği ile kurucular lehine menfaat tanınmasının mümkün olmadığı yönünde bir yorumu olanaklı kılabileceğini belirtmekle birlikte, bunun yalnızca kuruculara kâr payından yararlanma hakkı tanındığı haller için geçerli olacağını, diğer malvarlığı haklarına ilişkin olarak ise bu kanıya varılamayacağını ifade etmektedir. Ancak çalışmamızda kuruculara pay sahiplerinin malvarlığı haklarından sağlanabilecek menfaatin zaten kârdan pay alma hakkıyla sınırlı olduğu görüşü benimsendiğinden, yazarın konuya ilişkin çekincesi tarafımız için tartışma konusu oluşturmamaktadır.

zorunluluğu kabul edilmediği takdirde, söz konusu sınırlamalara aykırı bir düzenlemenin varlığı olasılığında işletilebilecek kuruluştaki fesih davası (TTK md. 353) mekanizması devre dışı bırakılmış olacaktır. Kanun koyucunun böyle bir sonucu amaçlamış olması ise gerçekçi görünmemektedir.²²⁹ Aynı gerekçelerle, TTK md. 339/2.f hükmünde açık bir belirleme olmamasına karşın, kuruculara kârdan pay alma hakkı haricinde tanınan menfaatlerin de hem esas sözleşmeye yazılması, hem de yalnızca ilk esas sözleşme ile tanınabilmesi gerektiği kanaatindeyiz.²³⁰

eTTK döneminde, sermaye artırımına ilişkin hükümlerin anonim ortaklığın kuruluşu hükümlerine atıf yapması sonucunda, öğretide, ortaklığın sermaye artırımına ilişkin olarak ‘ek kuruluş’ adlandırması yapılmıştır. Böylece, sermaye artırımına katılmak suretiyle pay sahibi sıfatı kazanan yeni katılımcıların ek kuruluştaki ‘kurucular’ olarak nitelendirilebileceği, sermaye artırımını nedeniyle değiştirilen esas sözleşme ile söz konusu kişiler lehine kurucu menfaatleri tanınabileceği sonucuna varılmıştır.²³¹ İlk esas sözleşmede öngörülme koşulu ise, yalnızca ortaklığın ‘ilk’ kuruluşundaki emekleri ödüllendirilen kurucular için geçerli kabul edilmiştir. TTK’nın sermaye artırımına ilişkin hükümlerinde (md. 456, 459/3) yine kuruluş hükümlerine atıf yapılmakla beraber, bu defa genel bir atıf yerine, ilgili hükümlerin tek tek sayılması

²²⁹ 6728 sayılı Kanun öncesi dönemde, kurucu menfaatlerinin ‘kurucular beyanı’nda gerekçelendirileceğinin öngörülmüş olması da, menfaatlerin, ortaklığın ticaret siciline tescili öncesinde imzalanan ilk esas sözleşmede belirtilmesi gerektiğine işaret eden bir düzenleme olarak zikredilebilirdi.

²³⁰ Aynı yönde bkz. İsviçre hukukunda *Waldburger*, Art. 628, s. 270 Nr. 13.

²³¹ *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 484, 485; *Domaniç*, Şerh II, s. 1065; *Tekil*, F.: Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 449; *Ülgen*, s. 105; Ayrıca bunun öğretide ve uygulamada genel kabul gören görüş olduğu konusunda bkz. *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 485, dn. 12b; *Bahtiyar*, Anasözleşme, s. 168; *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 707, 708 Nr. 1233. Aksi görüşte bkz. *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 320-322. Yazar, yerinde olarak, sermaye artırımının bir esas sözleşme değişikliği olduğunu, kuruluşun aksine sermaye artırımında anonim ortaklığın vücuda gelmiş bulunduğunu, hâlihazırda mevcut olan ve sermaye artırımının ardından niteliği değişmeyen bir ortaklığın ek kuruluşundan söz edilemeyeceğini ifade etmekte; 1870’li yıllarda farklı amaçlarla ortaya atılmış olan ‘ek kuruluş’ teorisinin Alman ve İsviçre hukuklarında da tamamen terk edilmiş olduğuna dikkat çekmektedir.

yoluna gidilmiştir. Sayılan hükümler arasında TTK md. 348 yer almadığından, artık sermaye artırımında rol alan yeni katılımcılar lehine kurucu menfaatleri sağlanabileceğinin (kurucu intifa senetleri çıkarılabileceğinin) savunulamaması gerekir.²³² Kaldı ki, kanımızca, eTTK döneminde sermaye artırımının ‘ek kuruluş’ olarak değerlendirilmesi suretiyle artırıma katılanlar lehine kurucu menfaatleri sağlanabileceği biçimindeki yorum da, TTK md. 348 hükmünün çerçevesinin haddinden fazla genişletilmesine neden olmaktaydı. Sermaye artırımının ‘ek kuruluş’ olarak adlandırılması, anonim ortaklığa sermaye getirilip karşılığında pay edinilmesi haricinde kuruluş aşamasında gerçekleştirilen işlemlerin büyük çoğunluğunu içermeyen bir süreç, sahip olmadığı ve Kanun tarafından öngörülmemeyen bir nitelik yüklenmesine neden olmaktaydı.²³³ Bunun yanı sıra, her ne kadar bahsi geçen süreçte lehine menfaat sağlanmak istenen kişiler ‘ilk’ kuruluşta emeği geçen, TTK’daki tanımı uyarınca ‘kurucular’ değilse de, sermaye artırım sürecinde kurucu menfaatleri sağlanması, kanımızca, menfaatlerin ilk esas sözleşmeyle öngörülmesi kuralı ile güdülen, uygulamayı sınırlandırma amacına da oldukça ters düşmekteydi. Ayrıca, eTTK md. 298 hükmünde de, İBK md. 628/3 hükmünden farklı ve TTK md. 348 hükmüne paralel olarak, ‘kurucular ve üçüncü kişiler’ yerine yalnızca kuruculardan bahsediliyor olması, eski Kanun döneminde de kanun koyucunun menfaatlerin muhataplarını yalnızca kanuni tanımı ile ‘kurucular’la sınırlamak istemesinden kaynaklı olsa gerektir. Bu nedenle TTK’nın sermaye artırımında uygulanacak kuruluş hükümlerini tek tek saymak suretiyle, bahis konusu halde de

²³² Aynı yönde bkz. *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 291; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 164; *Gürbüz Usluel*, Kâr Payı, s. 125.

²³³ Aynı yönde bkz. *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 291: “Kuruluş ve sermaye artırım aşamalarında kurucuların ve ortakların şirkete katkısı birbirinden farklı olduğundan, ekonomi hukuku bakımından da, sermaye artırımında kurucu intifa senedi çıkarılması yersizdir”.

kurucu menfaatleri tanınabileceği şeklinde bir yorumun önünü almasının isabetli olduğu kanısındayız.

2. Esas Sözleşmede Öngörülme ve Esas Sözleşmenin Tescili

İBK md. 628/3, özel menfaat sağlanacak kişilerin isimleri ile bu kişilere tanınan menfaatlerin içerik ve değerlerinin esas sözleşmede gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir. Menfaatin içerik ve değerine ilişkin belirlemeler ticaret siciline de tescil edilecektir (İBK md. 642). Ayrıca, kurucular beyanında, menfaatlerin gerekçeleri açıklanmalı ve uygunluğu/orantılılığı gösterilmelidir (İBK md. 635, bent 3).²³⁴ APOK § 26 hükmünde, içerik ve değer hususlarına açıkça değinilmemekle birlikte, yine özel menfaat tanınan kişilerin isimleri ile birlikte bu kişilere tanınan menfaatlerin belirtilmesi gereği ifade edilmektedir.²³⁵ Öte yandan, İBK düzenlemesinin aksine, APOK'ta, menfaatlerle ilgili esas sözleşme hükmünün ticaret siciline tescili öngörülmemiştir (APOK § 39).²³⁶ Bahis konusu hususa ilişkin olarak TTK, yalnızca, 'kuruculara ortaklık kârından sağlanacak menfaatler'in esas

²³⁴ Kurucu menfaatleri, uygunluk/orantılılık belirlemesinde ölçüt alınabilecek bir edimin karşılığını oluşturmamaktadır. Bu nedenle, ilgili hükümde öngörülen, menfaatin uygunluğunun gösterilmesine ilişkin zorunluluk, İsviçre öğretisinde eleştiri konusu olmuştur. *Böckli* (s. 136 Nr 402) Kanun'un söz konusu talebi karşısında, menfaatin uygunluğundan bahsedilebilmesi için bunun en geniş anlamıyla ortaklık menfaati ile mantıklı ve anlaşılabilir bir ilişki içinde olmasının aranması gerekeceğini ifade ederken, *Vischer* (Gründungsstadium, s. 70) kurucu beyanında gösterilmesi gereken 'uygunluk'un, menfaatin tanınmasının nedenlerinin gösterilmesi ve menfaatin 'meşrulaştırılması' biçiminde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.

²³⁵ Kanun hükmünde açıkça ifade edilmemiş olmasına karşın Alman öğretisinde, menfaatlerin geçerli bir şekilde tanınabilmesi için genel ya da özet nitelikte bir belirleme yapılmasının yeterli olmayacağı, bunlara ilişkin bilgilerin esas sözleşmede mümkün olduğunca detaylı ve net bir biçimde yer alması gerektiği vurgulanmaktadır: *Arnold*, AktG § 26 Rn. 12; *Wardenbach*, AktG § 26 Rn. 2; *Koch*, AktG § 26 Rn. 4; *Solveen*, AktG § 26 Rn. 6; *Seibt*, s. 519, AktG § 26 Rn. 10; *Pentz*, AktG § 26 Rn. 17; *Limmer*, AktG § 26 Rn. 5.

²³⁶ *Junker* (s. 210), bu durumu, yalnızca ortaklığın dağıtılabılır kârından sağlanabilmeleri dolayısıyla menfaatlerin esas sermayeye zarar vermeyecek olmaları ve ortaklık alacaklılarının, ortaklığın kredi itibarı konusunda fikir edinebilmek adına ortaklığın tüm yükümlülüklerinden haberdar olmalarında korumaya değer menfaatlerinin bulunmaması ile açıklamaktadır.

sözleşmede gösterileceğini belirtmekte; ticaret siciline tüm esas sözleşmenin tescil edileceğini ifade etmekle birlikte, md. 354 hükmünde sayılan ve sicilin olumlu etkisinden yararlanacağı belirtilen hususlar arasında, kurucu menfaatlerini konu alan esas sözleşme hükmüne yer vermemektedir.²³⁷ Kuruculara tanınan menfaatlerin kurucular beyanında gerekçelendirmesi zorunluluğu, 6728 sayılı Kanun öncesinde TTK çerçevesinde de söz konusu iken, adı geçen düzenlemeyle, ilgili zorunluluğu öngören TTK md. 349 hükmü yürürlükten kaldırılmıştır.

eTTK md. 300/2, 6. bentte, ‘kuruculara sağlanan hususi menfaatlerin mahiyet ve değerleri’, tescil ve ilan edilecek hususlar arasında sayılmaktaydı. Buna paralel olarak Ticaret Sicili Nizamnamesi md. 62/5 hükmünde de, “kuruculara sağlanan hususi menfaatlerin tescil ve ilanında ise bunların mahiyet ve değeri açıkça gösterilir.” ifadesi yer almaktaydı. Nitekim eTTK döneminde kaleme alınan eserlerde, kurucu intifa senetlerinin miktarları ve sağladıkları hakların, içerik ve kapsamlarıyla esas sözleşmede gösterilmesi gerektiği ifade edilmekteydi.²³⁸ TTK’nın anonim ortaklıkları düzenleyen hükümlerinde benzer bir ifade mevcut olmayıp, TSY’de de konuya ilişkin bir belirleme yapılmamaktadır.

²³⁷ Anonim ortaklıklar bakımından durum böyle olmakla beraber, limited ortaklıklarda ortaklık sözleşmesinin tescil ve ilanını düzenleyen TTK md. 587 hükmünde, içerik ve değerleri ile gösterilmesi öngörülen özel menfaatlerin sicilin olumlu etkisinden yararlanacağı hükme bağlanmıştır. Buna paralel olarak, TSY’nin limited ortaklığın kuruluşuna ilişkin hükümleri arasında yer alan ‘Tescil’ başlıklı 91. madde hükmünde de, üçüncü kişiler hakkında hukuki sonuçlar doğuracak tescil edilmiş hususlar arasında ‘özel menfaatlerin içerik ve değerleri’nden bahsedilmektedir. İBK’da da, sicilin olumlu etkisinden yararlanacak ve yararlanmayacak esas sözleşme hükümleri biçiminde bir ayırım yapılmamakla birlikte, özel menfaatlerin içerik ve değerleriyle birlikte ticaret siciline tescili zorunluluğu açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır (İBK md. 642). Bu durum da, TTK’da limited ortaklıkta kurucu menfaatlerine ilişkin hükümlerin, anonim ortaklığın ilgili hükümleri ile uyumlaştırma çabası gösterilmeksizin İBK’dan alınmış olduğu görüşümüzün nedenlerinden bir diğerini oluşturmaktadır.

²³⁸ Bahtiyar, Anasözleşme, s. 164; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 707 Nr. 1232, s. 708 Nr. 1236.

Mevcut TTK hükümleri dikkate alındığında, anonim ortaklıklar hukukumuzda, ne lehine menfaat tanınacak kişilerin isimlerinin, ne de bu kişilere tanınacak menfaatlerin içerik ve değerlerinin esas sözleşmede gösterilmesi zorunluluğundan söz edilebilecektir. Öte yandan, kurucu menfaatlerinin bizzat şahıslara tanınacak olması, öncelikle bunların tanınacağı şahısların belirli olmasını zorunlu kılar. Ayrıca, her ne kadar kanun koyucu menfaatlere ilişkin esas sözleşme hükmünü tescilin olumlu etkisine tabi tutmamışsa da, kuruculara tanınacak menfaatler konusunda aleniyetin sağlanması ve özellikle ortaklıktaki mevcut pay sahipleri ile sonradan pay sahipliği sıfatı kazanacak kişilerin bilgilendirilmesi (korunması)²³⁹ bağlamında, menfaatlerin içerik ve değerlerinin de esas sözleşmede gösterilmesi gerektiği kanısındayız. Zira ancak bu şekilde, tüm katılanlar en başından itibaren ortaklığın malvarlığının nasıl kullanıldığından haberdar olabilecek ve böylece kararlarını herhangi bir aldatmaya maruz kalmaksızın alabilecek;²⁴⁰ mevcut ve gelecekteki pay sahipleri ile alacaklılar, anonim ortaklığın amacının gerçekleştirilmesi sürecinde gündeme gelmesi muhtemel menfaat çatışmalarına ilişkin önceden uyarılmış olacaklardır.²⁴¹ Kaldı ki, menfaatler tanınırken TTK md. 348 hükmünün sınırlamalarına uyulup uyulmadığı hususunun, anonim ortaklığın ticaret siciline tescili sırasında denetlenebilmesi de ancak bu şekilde mümkün olabilecektir. Kurucu menfaatleri, her ne kadar aslında lehine menfaat tanınan kişi ile anonim ortaklık arasındaki bir sözleşmenin ürünü olsalar da, bahis konusu sözleşme ile tanınması amaçlanan menfaatler, esas sözleşmenin tescili ile hukuki geçerliliğe kavuşmaktadır. Bu nedenle, menfaatlerin içerik ve değerlerinin esas sözleşmede gösterilmesi,

²³⁹ Böckli, s. 142, Nr. 422; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 151, Nr. 57; Seibt, s. 516, AktG § 26 Rn. 2; Junker, s. 210.

²⁴⁰ Röhricht, s. 111, 112, AktG § 26 Rn. 2.

²⁴¹ Seibt, s. 516, AktG § 26 Rn. 2.

menfaat sahiplerinin haklarını koruyabilmeleri açısından da önem taşır. Dolayısıyla, Kanun’da, menfaatlerin tanınacağı kişilerin ismen belirtileceği ve sağlanacak menfaatlerin içerik ve değerlerinin ifade edileceği yönünde açık bir hüküm yer almamasına rağmen, kurucu menfaatleri düzenlemesinin özellikleri nedeniyle böyle bir gerekliliğin bulunduğu kanısındayız.²⁴² Ayrıca, TTK md. 348/1, dağıtılabilecek kârdan gerekli ayrımlar yapıldıktan sonra kuruculara hasredilebilecek kâr payının oranına ilişkin yalnızca bir üst sınır çizdiğinden, ortaklıkça belirlenecek ilgili oranın esas sözleşmede gösterilmesi uygun olur.²⁴³ TTK md. 348/3 hükmünde, faaliyet dönemi sonunda dağıtılabilecek kârın varlığı halinde, ortaklık kârın dağıtılmamasını kararlaştırmış olsa bile kurucu intifa senedi sahiplerinin esas sözleşmede öngörülen kâr paylarını alacaklarının ifade edilmesi de, kanımızca, kuruculara ayrılacak kâr payının oranı ile kârın kurucular arasında ne şekilde paylaşılacağına esas sözleşmede gösterilmesi gereğine işaret eder niteliktedir.²⁴⁴

²⁴² Aynı yönde bkz. *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 313, 314; *Gürbüz Usluel*, Kâr Payı, s. 126, 127. Anonim ortaklığın pay sahipleri için, “..belli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimler” biçiminde ortaya çıkabilen ikincil yükümlülükler, yalnızca esas sözleşme ile öngörülebilmektedir (TTK md. 480/4). Yine aynı hüküm uyarınca, “.. bunların nitelik ve kapsamı pay senedi ya da ilmühaberlerin arkasına yazılabilir.” Özellikle ifade edilen son düzenlemenin karşıt anlamından, ikincil yükümlülükler için de asıl olanın, bunların ‘nitelik ve kapsamı’nın esas sözleşmede gösterilmesi olduğu sonucuna varmak mümkündür. Aynı zamanda pay sahibi olan kuruculara tanınacak menfaatlerin esas sözleşmede gösterilmesi gereğinin hukuki dayanağı da bu hükmün kıyasen uygulanması şeklinde düşünülebilir. Ortaklığın alacaklı konumunda olduğu ikincil yükümlülüklerde dahi içerik ve değeri esas sözleşmede gösterme gereği mevcutken, anonim ortaklığı tek taraflı olarak yükümlülük altına sokan kurucu menfaatlerinin içerik ve değerlerinin, özellikle aleniyet ve pay sahiplerini koruma gerekçeleriyle, evleviyetle esas sözleşmede yer alması gerekecektir.

²⁴³ Aynı yönde bkz. *Karşlıoğlu*, H.: Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı, Ankara 2015, s. 100.

²⁴⁴ Buna karşın *İmregün* (Kurucu Senetleri, s. 483) ve *Doğanay* (s. 873), TTK md. 348/3 hükmüne benzer bir hükmün yer almadığı eTTK döneminde kaleme aldığı eserlerinde, menfaatlerin kurucu intifa senedi ile sağlanması öngörülmüşse, ilgili senetlerin çıkarılmasına ilişkin ortaklık genel kurulu kararında da bahis konusu belirlenimin yapılabileceğini; menfaat sahipleri arasında kâr dağıtım şeklinin belirlenmesinin de, esas sözleşme ile yönetim kurulu, başka kişi veya organa bırakılabileceğini ifade etmektedirler. Alman hukukunda ise aksi görüş savunulmakta, sözü geçen belirlemelerin yapılması için esas sözleşme ile bir anonim ortaklık organına ya da bir üçüncü kişiye yetki verilmesinin yeterli olmayacağı, bu halde ilgili esas sözleşme hükmünün geçersizliğinden bahs olunacağı ifade edilmektedir: *Seibt*, s. 519, AktG § 26 Rn. 10; *Arnold*, s. 497, AktG § 26 Rn. 12; *Koch*, AktG § 26 Rn. 4; *Solveen*, AktG § 26 Rn. 6; *Pentz*, AktG § 26 Rn. 17; *Limmer*, AktG § 26 Rn. 5.

Kuruculara ortaklık kârından pay alma haricinde, pay sahiplerinin malvarlığı hakları dışında kalan ve ortaklık malvarlığını azaltacak nitelikte olmayan menfaatler tanınması halinde, bunlara ilişkin olarak da, menfaatin niteliğine uygun olarak esas sözleşmede benzer belirlemelerin (menfaat sahibinin ismi, tanınan menfaatin içeriği, kapsamı) yapılması uygun olacaktır. Her ne kadar bahsi geçen türdeki menfaatler açısından, ortaklığın malvarlığının azaltılması riski ya da belirli bir oran veya meblağın önceden tespit edilmesi gereği söz konusu değilse de, aleniyetin sağlanması ile mevcut ve gelecekteki pay sahiplerinin bilgilendirilmesi hususları burada da geçerliliklerini korumaktadır. Tüm bunların yanı sıra, anonim ortaklık adına sözleşme yapma yetkisini haiz olan yönetim kurulunun henüz vücuda gelmemiş bulunduğu bu aşamada, ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacak olan anonim ortaklığın hukuken geçerli biçimde yükümlülük altına girmesi, ancak kurucuların oybirliğiyle bu yönde bir karar almalarıyla, yani menfaatlerin tüm kurucular tarafından imzalanan esas sözleşmede gösterilmesiyle mümkün olabilecektir. Önceden belirtildiği üzere, esas sözleşmede gösterilen tüm yükümlülükler, ortaklığın ticaret siciline tescili ile ortaklık tarafından üstlenilmiş olmakta, TTK md. 355/2 ya da TBK md. 40 hükümlerinin uygulanmasına gerek kalmamaktadır.²⁴⁵ Bu durum da, anonim ortaklık tarafından yüklenilen edimin türü, kapsamı ve kime karşı

²⁴⁵ *Vischer* (Gründungsstadium, s. 72), İsviçre hukukunda, kurucu menfaatleri ile İBK md. 645 (TTK md. 355/2) hükmü arasındaki ilişki hususunda bir netlik bulunmadığını, ancak iki hükmün uygulama alanlarının farklı olduğunu ve bu nedenle bir arada uygulanabileceklerini ifade etmektedir. *Küchler* (s. 53) ise, esas sözleşmede gösterilen kurucu menfaatlerinin ortaklığın ticaret siciline tescili ile İBK md. 645/2 (TTK md. 355/2, ikinci cümle) uyarınca anonim ortaklık tarafından üstlenilmiş olacağını belirtmekte, bu ana kadar ise tanınan menfaatlardan kurucuların şahsen ve müteselsilen sorumlu olacaklarını dile getirmektedir. Yazara göre kurucu menfaatlerinin tanınması, kural olarak, ortaklığın kurulması geciktirici şartına bağlanmış işlemler olarak değerlendirilmelidir.

yüklenildiği hususlarının esas sözleşmede açıkça gösterilmesi gereğini ortaya koymaktadır.²⁴⁶

Eğer tüm kuruculara menfaat tanınması söz konusu ise -ki TTK md. 348 hükmünün lafzının, menfaatlerin tanınması noktasında kurucular arasında ayırım yapılmasına hizmet edecek yeterlilikte somut bir ölçüt oluşturmadığını belirtmiştik- kurucuların her birinin menfaat sahibi olarak yeniden tek tek ismen zikredilmesine gerek olmamalıdır. Zira tüm kurucuların isimleri esas sözleşmede yer alacaktır. Ancak kuruculardan yalnızca bir ya da birkaçına menfaat tanınabileceği kabul edilecek olursa, bu halde elbette ilgili kişilerin menfaat sahipleri olarak ayrıca belirtilmeleri gerekecektir. Yine kuruculardan bazılarına farklı türde bir menfaat tanınması öngörülmüşse, menfaatlerin tür, içerik ve kapsamlarının yanı sıra lehine menfaat tanınan kurucuların isimlerinin de belirtilmesi lazımdır.

Menfaatlere ilişkin belirlemelerin esas sözleşmede yapılmamasının, menfaatlerin ya da esas sözleşmenin geçerliliğine etki edip etmeyeceği yahut ne şekilde etki edeceği hususu ise ayrı bir tartışma konusudur. İsviçre hukukunda, kurucu menfaatlerine ilişkin belirlemelerin açık bir şekilde esas sözleşmede yapılmamasının, menfaatlerin geçerli olarak doğmasına engel olacağı kabul edilmektedir. Esas sözleşmede ilgili belirlemeler yapılmadığı takdirde ticaret sicili müdürünün tescili reddetmesi

²⁴⁶ eTTK md. 279/2, 4. bent (TTK md. 339/2, (e) bendi) bağlamında benzer bir yorum olarak, işletme ve ayın devralmalarının esas sözleşmede gösterilmesinde, md. 279 hükmünün metninde ifade edilen ‘işletme veya ayın bedeli’nin esas sözleşmeye yazılmasının yeterli olmayacağı; bunların niteliği, unsurları, marka, miktar, değer vb. gibi tüm ayırt edici unsurlarının yazılması gerektiği yönünde bkz. *Bahtiyar*, *Anasözleşme*, s. 160.

gerekir.²⁴⁷ Eksikliklerin sonradan ortaya çıkması halinde ise tanınmak istenen menfaatler kesin hükümsüz olacaktır.²⁴⁸ Anılan bu yaptırımın İBK md. 11/2 (TBK md. 12/2) ile uyumluluğuna dikkat çekilmek suretiyle, geçersizliğin sebeplerinden biri, kanuni şekle uyulmaması olarak ifade edilmektedir.²⁴⁹ Bunun yanı sıra hem pay sahiplerini, hem de ortaklık alacaklıları aleyhine ortaklıktan malvarlığı aktarımına karşı anonim ortaklığı korumak amacıyla getirilen malvarlığının korunması ilkesine ilişkin bir düzenlemenin ihlalinin söz konusu olmasından bahisle, durumun, İBK md. 706b/3 hükmüne (TTK md. 447/1.c)²⁵⁰ aykırılığa vücut vereceği de belirtilmektedir.²⁵¹ Esas sözleşmenin akıbetine ilişkin olarak ise İBK md. 628/3 ile İBK md. 20/2 (TBK md. 27/2) hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda sözleşmenin kısmen hükümsüz sayılacağı, yani yalnızca kurucu menfaatlerine ilişkin

²⁴⁷ Böckli, s. 133 Nr. 393. Alman hukukunda da APOK çerçevesinde, ticaret siciline tescil için mahkemeye yapılan başvuruda, mahkemenin, gerçekleştirdiği denetleme sırasında ortaklığın kanuna uygun olarak kurulmadığını ya da kanuna uygun başvuruda bulunulmadığını tespit ettiği takdirde tescili reddedeceği (APOK § 38/1) ve anılan yaptırımın, menfaatlerin kanuna uygun olarak esas sözleşmeye yazılmaması halinde de uygulama alanı bulacağı hususunda bkz. Wardenbach, AktG § 26 Rn. 6; Seibt, s. 522, AktG § 26 Nr. 18; Froning, C.: Unternehmensnachfolge (Sudhoff, H.), 5. Aufl., München 2005, § 46 Die Aktiengesellschaft, Rn. 15.

²⁴⁸ Böckli, s. 133 Nr. 393. Waldburger (Art. 628, s. 270 Nr. 12) ise bahis konusu eksikliğin sonucunu, bir İsviçre Federal Mahkemesi kararına atıf yaparak, ‘kesin hükümsüzlük’ yerine ‘menfaatlerin hukuken bağlayıcı olmaması’ biçiminde ifade etmektedir. Bununla birlikte, yapılan atıflardan, burada da kesin hükümsüzlüğün kastedildiği anlaşılmaktadır. Öte yandan APOK § 26/3, eksikliğin sonucunun, taraflar arası sözleşmeler ile bunun ifası için yapılan işlemlerin anonim ortaklığa karşı hüküm ifade etmemesi olduğunu açıkça ifade etmektedir. Adı geçen yaptırım, yalnızca maddenin ikinci fıkrasında belirtilen kuruluş masraflarının esas sözleşmeye yazılmaması ya da eksik yazılması halleri için değil, birinci fıkradaki özel menfaatlerde benzer durumlarla karşılaşılması halleri için de söz konusu olmaktadır: Froning, § 46 Die Aktiengesellschaft, Rn. 15. Kanımızca, menfaat sahibi ile anonim ortaklık arasındaki sözleşmenin tek borçlusu anonim ortaklık olduğundan, geçersizliğin, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü ya da ortaklığa karşı hüküm ifade etmemesi biçiminde nitelendirilmesi pratikte bir fark yaratmamaktadır.

²⁴⁹ Böckli, s. 133 Nr. 393. Ayrıca bkz. APOK uyarınca da özel menfaatlerin esas sözleşmeye yazılma zorunluluğunu bir şekil şartı olarak değerlendiren Solveen AktG § 26 Rn. 5; Junker, s. 207; Seibt, s. 516, AktG § 26 Rn. 1. Öte yandan anılan son yazar, yalnızca kuruluşla ilgili olarak tanınan menfaatler açısından bir şekil şartı söz konusu olduğu, (Alman hukuku çerçevesinde gerçekleştirilebilecek olan) sonradan belli kişilere menfaat sağlanmasında ise böyle bir şekil şartı bulunmadığı biçiminde bir ayrıma gitmektedir (Rn. 11). Limmer (AktG § 26 Rn. 5) da, kesin bir dille ifade etmekten kaçınmakla beraber, APOK uyarınca da burada belirli derecede bir şekil şartının varlığından söz edilebileceğini belirtmektedir.

²⁵⁰ TTK md. 447/1.c: “Genel kurulun, özellikle ... c) Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan, kararları batıldır.”

²⁵¹ Böckli, s. 133 Nr. 393.

düzenlemelerin hükümsüz olup, diğer hükümlerin bu geçersizlikten etkilenmeyeceği ileri sürülmektedir.²⁵²

Türk hukukunda, TTK md. 339/2.f, ‘kuruculara ortaklık kârından sağlanacak menfaatler’i esas sözleşmede gösterilecek hususlar arasında saymaktadır. Bununla beraber her anonim ortaklık, kurucularına menfaat sağlamak durumunda olmayıp, sözü geçen husus anonim ortaklığın iradesine tabi bulunmaktadır. Dolayısıyla kurucu menfaatleri, anonim ortaklığın kanuna uygun olarak kurulabilmesi ve ticaret siciline tescil edilebilmesi için mevcudiyeti şart olan asgari zorunlu içerik kapsamında değildir.²⁵³ Kurucu menfaatleri, esas sözleşmenin şarta bağlı içeriğini oluşturan unsurlar arasında yer almakta; buna bağlı olarak, ortaklığın menfaatleri tanımak istemesi halinde menfaatlerin geçerli bir şekilde doğabilmeleri ve ortaklığın menfaat sahiplerine karşı bir yapma borcu altına girebilmesi için, esas sözleşmeye bu yönde bir hüküm konulması gerekmektedir.²⁵⁴ Asgari zorunlu içerik kapsamındaki bir unsurun esas sözleşmede gösterilmemesi, esas sözleşmeyi emredici hükümlere aykırı hale getireceğinden, sözleşmenin geçersizliğine neden olabilecektir. Şarta bağlı içerik kapsamında yer alan kurucu menfaatlerine ilişkin hükmün esas sözleşmede yer almaması halinde ise esas sözleşme geçerli olacak; ancak sözleşmeye yazılmayan husus geçerlilik kazanamayacaktır.²⁵⁵ İlgili esas sözleşme hükmünün Kanun’un aradığı koşullara uymaması halinde ise, anonim ortaklığın tescili talebinin sicil

²⁵² *Druey/Druey Just/Glanzmann*, s. 116, Nr. 39.

²⁵³ *Bahtiyar*, Anasözleşme, s. 103, 104; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 312.

²⁵⁴ *Ansay*, s. 52; *Kendigelen*, İlk Tespitler, s. 228; *Bahtiyar*, Anasözleşme, s. 103, 104; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 312; *Karasu*, R.: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Ankara 2015, s. 33.

²⁵⁵ *Ansay*, s. 52; *Bahtiyar*, Anasözleşme, s. 104, 152 dn. 171; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 313.

müdürü tarafından reddi gerekir;²⁵⁶ tescil bir şekilde gerçekleştirilmiş olsa dahi menfaatler doğmayacaktır.²⁵⁷

Tescilin sicil müdürü tarafından reddine ve her halükârda menfaatlerin doğmamasına neden olan, kurucu menfaatlerine ilişkin esas sözleşme düzenlemesinin ‘Kanun’un aradığı koşullara uymaması’ndan ne anlaşılması gerektiği, söz konusu yaptırımın uygulanacağı hallerin tespiti açısından önem arz eder. Yukarıda yapılan açıklama ve tespitler uyarınca, ne TTK md. 339/2.f ne de TTK md. 348 hükümlerinin lafzından, menfaat sahibi ile menfaatin içerik ve değerinin esas sözleşmeye yazılması gerektiği yönünde bir anlam çıkmasına karşın, özellikle TTK md. 339/2.f hükmünün amacının, en azından sağlanacak menfaatin türü ve içeriğinin açık bir biçimde ifade edilmesini gerektirdiği söylenebilir. Kaldı ki, TTK md. 348/3 hükmü bundan da fazlasına, kuruculara ayrılacak kâr payının oranının da esas sözleşmede belirtilmesine ihtiyaç göstermektedir. Adı geçen fıkranın lafzı, düzenlemenin emredici niteliğine işaret ettiği gibi, aralarındaki sözleşmesel ilişkide anonim ortaklığa karşı üçüncü kişi konumunda bulunan kurucu menfaati sahibinin, kendisinin müdahale hakkı olmaksızın alınacak bir genel kurul kararıyla kâr payı alma hakkından mahrum bırakılmasının ortaya çıkaracağı hakkaniyete aykırı sonuç da bu tespiti destekler niteliktedir.²⁵⁸ Kuruculara kârdan ayrılacak paya ilişkin oranın esas sözleşmede gösterilmemesinin, menfaatlerin geçersizliğine vücut verecek nitelikte bir eksiklik olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunun sorgulanması aşamasında,

²⁵⁶ TTK md. 32, sicil müdürünü tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını incelemekle yükümlü tutmuştur. Hükmün ikinci fıkrası uyarınca, tüzel kişilerin tescilinde esas sözleşmenin, kanunun bulunmasını zorunluluk olarak öngördüğü hükümleri içerip içermediğinin sicil müdürü tarafından incelenmesi gerekir.

²⁵⁷ *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 312, 313.

²⁵⁸ Ayrıca bkz. aşağı. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM, II., 2., C., c. başlığı altında yapılan açıklamalar.

ayrıca, TTK'nın anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinden ancak Kanun'da buna açıkça izin verilmişse sapılabileceği kuralını getiren TTK md. 340 düzenlemesinin de dikkate alınması gerekir.²⁵⁹ Pay sahiplerinin kârdan pay alma haklarına ilişkin TTK md. 507/1 hükmünde, her pay sahibinin 'kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre' pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkı olduğu ifade edilmektedir. Hükümden, pay sahiplerine dağıtılacak kârın oranının esas sözleşmede tespit edilebileceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, TTK md. 409/1 hükmünde, olağan genel kurul toplantısında, dağıtılacak kâr ve kazanç paylarının oranlarının belirlenmesine ilişkin karar alınacağı hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla, pay sahiplerinin kâr payı oranlarının esas sözleşmede belirlenmemesinin de olası olduğu, bu takdirde, ilgili belirlemenin olağan genel kurul toplantısında yapılacağı hususunda tereddüt bulunmamak gerektir. Benzer şekilde, yine TTK md. 409/1 hükmünden, yönetim kurulu üyelerinin kazanç paylarının oranına ilişkin kararın da genel kurulda alınabileceği anlamı çıkmaktadır. Nitekim 'Kazanç payları' başlığını taşıyan TTK md. 511 hükmünde de buna engel olacak bir düzenleme mevcut değildir. Madde metninde anılmamasına karşın, TTK md. 409/1 hükmünün tadadi sayımından, esas sözleşmede tespit edilmemiş olması olasılığında kuruculara dağıtılacak kâr payı oranının da genel kurul tarafından karara bağlanabileceği yönünde bir çıkarım yapmak mümkün görünse de, TTK md. 348/3 düzenlemesi buna açık bir engel teşkil etmektedir. Dolayısıyla, adı geçen son hükmün getirdiği 'esas sözleşmede öngörülme' kuralının hem TTK md. 340 uyarınca emredici niteliği haiz bulunduğu hem de yine aynı düzenlemenin getirdiği ilke gereğince, Kanun'da alternatif bir yöntem öngörülmediğinden, bahis konusu oranın başka bir şekilde

²⁵⁹ Bu hükme ilişkin değerlendirmeler için bkz. aşa. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM, I., 1.

tespitinin mümkün olmadığı sonucuna varılabilmektedir. Anılan gerekçelerle, her ne kadar ağır bir yaptırım olarak değerlendirilebilecekse de, kurucuların kâr payı alma menfaatine ilişkin olarak esas sözleşmede yapılan belirlemenin, dağıtılacak kârın oranını da içermesi gerektiği, aksi halde emredici hükümlere aykırılık gerekçesiyle esas sözleşmenin ticaret siciline tescilinin reddi gerekeceği kanısındayız.

Esas sözleşmede kurucu menfaatleri hakkında düzenleme yer almaması halinde, öngörülme istenen menfaatlerin geçersizliğine ilişkin olarak İsviçre hukukunda öne çıkan hukuki dayanaklar, kanuni şekle aykırılık ile malvarlığının korunması hükümlerini ihlal eden genel kurul kararlarının butlanıdır. Bununla birlikte, esas sözleşmenin şarta bağlı içeriğine dâhil olan düzenlemelerin, ancak esas sözleşmede bunlara ilişkin hükümler sevk edildiği takdirde geçerli olacağı dikkate alındığında, menfaatlerin geçersizliği hususunda öne sürülen adı geçen diğer hukuki dayanaklar, ancak ikincil öneme sahip olsalar gerektir.

3. Kurucu Menfaatlerinin Senede Bağlanması Geçerlilik Koşulu Olup Olmadığı Sorunu

eTTK döneminde kurucu intifa haklarının, esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, senede bağlanmalarının zorunlu olmadığı ifade edilmiştir.²⁶⁰ Buna göre, haklar senetten önce de vardır; menfaatlerin senede bağlanmaksızın, ismen kuruculara

²⁶⁰ *Arsılanlı*, Anonim Şirketler C.I, s. 162; *Domaniç*, Şerh II, s. 1070; *Doğanay*, s. 873; *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 322; *Bahtiyar*, Anasözleşme, s. 167; *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 480; *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 701 Nr. 1216; *Eriş*, G.: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s. 127; *Kendigelen*, İtfâ, s. 1067.

tanınması mümkündür.²⁶¹ Esas sözleşmede senede bağlanma zorunluluğu öngörülmüşse, hakları temsil eden senetler, ancak ortaklığın ticaret siciline tescilinden sonra geçerli bir şekilde çıkarılabilecek olup,²⁶² kıymetli evrak niteliğini haizdirler.²⁶³

TTK md. 348/1 hükmünde, kâr payının intifa senetleri bağlamında kuruculara ödeneceğinin açıkça ifade edilmesinin ardından, senede bağlanmaksızın, sadece sözleşmeye dayalı bir kurucu menfaati tanınamayacağı görüşü gündeme gelmiştir.²⁶⁴ Hükmün lafzı, söz konusu görüşe imkân tanır nitelikte olmakla birlikte;²⁶⁵ bu yönde bir değerlendirme, ortaklık malvarlığına etki etmeyecek nitelikteki menfaatler bakımından yapılamayacağından, TTK çerçevesinde kurucu menfaatlerinin senede bağlanmaksızın tanınamayacakları şeklinde genel bir ifadeyi savunmak olanaklı görünmemektedir. Kaldı ki, hükümden, kârdan pay alma biçiminde tezahür eden menfaatler için dahi böyle bir sonucun çıkarılması, hâlihazırda uygulaması yoğun olmayan kurucu menfaatleri düzenlemesinin²⁶⁶ uygulanmasını daha da

²⁶¹ *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 480; *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 1, 2; *Ülgen*, s. 105; *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 701 Nr. 1216; *Ulusoy*, s. 401; *Kendigelen*, İntifa Senetleri, s. 58; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 164.

²⁶² *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 324.

²⁶³ *Arslanlı*, Anonim Şirketler C.I, s. 162; *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 480; *Doğanay*, s. 873. Öte yandan *Tekinalp*, intifa senedi bağlamında tanınabilen hakların, kıymetli evrak niteliğinde olmayan, sadece ispat aracı niteliği taşıyan belge ve ilmühaberlere de bağlanabileceği görüşündedir: *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 705 Nr. 1227.

²⁶⁴ *Paslı*, Tanıtım III, s. 214, dn. 43.

²⁶⁵ Özellikle hükmün ikinci fıkrasında yer alan, halka açılmada pay senetlerinin halka arzından önce ‘kurucu intifa senetlerinin’ herhangi bir bedel ödenmeksizin iptal edileceği, aksi halde ‘intifa senetlerinin’ kendiliğinden geçersiz sayılacağına ilişkin düzenleme, kanun koyucunun, kârdan pay alması öngörülen menfaat sahipleri arasında, ‘hakkı senede bağlanan’ ve ‘hakkı senede bağlanmayan’ biçiminde bir ayrım yapmadığına işaret eder niteliktedir. Bununla beraber, üçüncü fıkra, kâr paylarını alacak ‘kurucu intifa sahipleri’nden bahsedilmesi, kanun koyucunun söz konusu husustaki tercihleri bakımından soru işareti oluşturmaktadır.

²⁶⁶ Kurucu menfaatlerine ilişkin, bu çalışmada anılan veya anılmayan Yargıtay kararlarının çoğu, ya eski tarihli uyuşmazlıkları konu almaktadır ya da bizzat kararların kendileri eski tarihlidir. Kurucu menfaatlerinin uygulamasının sık olmadığı hususunda bkz. İsviçre hukunda *Waldburger*, Art. 628, s. 270, Nr. 11; Alman hukukunda *Röhrich*, s. 111, 112, AktG § 26 Rn. 2.

zorlaştıracaktır.²⁶⁷ Ayrıca, bahsi geçen görüş, menfaatlerin, esas sözleşmenin ticaret siciline tescili ile doğması, hakkın senetten önce var olması ve dolayısıyla hakkın bağlandığı intifa senedinin bir açıklayıcı kıymetli evrak²⁶⁸ niteliğini haiz bulunması hususları ile bağdaşmamaktadır. Anılan gerekçelerle, TTK md. 348/1 hükmündeki ifadenin, yalnızca, kârdan pay alma hakkı biçiminde tezahür eden kurucu menfaatinin bağlanabileceği senet türünün ‘intifa senedi’ olduğunun netleştirilmesi amacına hizmet ettiğinin kabulü yerinde olacaktır.

VI. KURUCU MENFAATLERİNİN DEVREDİLEBİLİRLİĞİ

Kurucu menfaatlerinin devredilip devredilemeyeceği hususunu, somut olaya göre değerlendirmek gerekir.²⁶⁹ Esas sözleşmede, hakkın devredilebilir olduğu, ancak belirli koşullarda devredilebileceği²⁷⁰ ya da devrinin mümkün olmadığı biçiminde hükümler öngörülmüş olabilir.²⁷¹ Öte yandan, bazı durumlarda menfaatin niteliği (şahsa sıkı sıkıya bağlılık) devri olanaksız hale getirebilir.²⁷² Esas sözleşmede aksine hüküm yoksa, mali nitelikteki menfaatler kural olarak üçüncü kişiye devredilebilmeli

²⁶⁷ Kuruculara, kurucu intifa senedi bağlamında kârdan pay alma hakkı tanınacağına ilişkin belirlemenin yalnızca ilk esas sözleşmede yapılabileceğinin kabulü halinde dahi, senedin sonraki bir tarihte çıkarılmasına engel yoktur (*Hess/Rampini/Spillmann*, s. 503, Art. 657 Nr. 7; *Burkhalter*, s. 1387, Art. 657 Nr. 13; *Trüeb*, s. 400, Art. 657 Nr. 22). Senedin çıkarılması ise, kural olarak, bu hususta alınacak bir genel kurulu kararını gerektireceğinden (*Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 708 Nr. 1236) süreci uzatacak; hatta genel kurulun bu yönde bir kararı almaktan bilinçli olarak kaçınmak suretiyle esas sözleşme ile tanınan hakkın kullanılmasını engellemesi dahi mümkün olabilecektir.

²⁶⁸ *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 701 Nr. 1216; *Ülgen, H., Helvacı, M., Kendigelen, A., Kaya, A.*: Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2013, s. 24, Nr. 62: “[Açıklayıcı kıymetli evrakta]... senedin içerdiği hak kıymetli evrakın/senedin düzenlenmesinden önce de vardır; senedin düzenlenmesi hakkın doğumu bakımından değil, sadece mevcut hakkın dışı vurulması/açıklanması bakımından işlevseldir.”

²⁶⁹ *Solveen*, AktG § 26 Rn. 7; *Pentz*, AktG § 26 Rn. 21.

²⁷⁰ Örneğin esas sözleşmede, menfaat sahibinin ancak ortaklıktaki bir pay sahibi olabileceği öngörülmüş olabilir, bkz. *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 164; *Küchler*, s. 61; *Limmer*, AktG § 26 Rn. 6.

²⁷¹ *Solveen*, AktG § 26 Rn. 7; *Pentz*, AktG § 26 Rn. 21.

²⁷² *Solveen*, AktG § 26 Rn. 7; *Pentz*, AktG § 26 Rn. 21; *Junker*, s. 211, 212; *Küchler*, s. 61.

ve miras yolu ile geçebilmelidir.²⁷³ Devir, alacağın devrine ilişkin TBK hükümleri (md. 183 vd.) uyarınca gerçekleştirilir; zira burada menfaat sahibi ile anonim ortaklık arasında bir sözleşme söz konusudur.²⁷⁴ Diğer taraftan, açıkça devir kapsamında zikredilmediği sürece, kurucunun payını devretmesi, kurucu menfaatinin de devri sonucunu doğurmaz.²⁷⁵ Dolayısıyla kurucu, payını devretse dahi, kurucu menfaatinin sahibi olmaya devam edebilecektir. Eğer menfaat senede bağlanmışsa, artık bağlandığı tür menkul kıymetin (emre ya da hamiline – TTK md. 502/2) devir usulü uyarınca devredilmesi gerekir.²⁷⁶

eTTK döneminde, md. 298 açıkça kurucu menfaatlerine ilişkin çıkarılacak senetlerin nama yazılı olması gerektiğini ifade etmekteydi. Kuruculara, eTTK md. 298 hükmünde düzenlenen kârdan pay alma hakkının yanı sıra tasfiye artığından pay alma ile yeni pay alma haklarının da tanınabileceğini savunan yazarlardan bir kısmı, adı geçen maddede öngörülen nama yazılı senede bağlanma zorunluluğunun, yalnızca kâr payına ilişkin menfaatler için öngörüldüğünü, kuruculara diğer hakların tanınması halinde, ilgili senetlerin hamiline yazılmalarının da mümkün olduğunu savunmaktaydılar.²⁷⁷ TTK döneminde ise, kurucu intifa senetleri dâhil tüm intifa senetlerinin emre veya hamiline yazılabileceği açıkça ifade edildiğinden (md. 502/2), Kanun tartışmaya açık bir husus bırakmamıştır. Kurucu intifa senetlerinin de artık

²⁷³ *İmregün*, Anonim Ortaklıklar, s. 48; *Bahtiyar*, Anasözleşme, s. 167, 168; *Solveen*, AktG § 26 Rn. 7; *Wardenbach*, AktG § 26 Rn. 2; *Pentz* (AktG § 26 Rn. 22) de kural olarak bu görüşü savunmakla birlikte, malvarlıksal niteliğine rağmen ortaklığın tesislerinden yararlanma hakkını kapsam dışı tutmakta, söz konusu hakkın devredilemeyeceğini kabul etmektedir.

²⁷⁴ Aynı yönde bkz. Alman hukukunda *Pentz*, AktG § 26 Rn. 24; *Limmer*, AktG § 26 Rn. 6. İsviçre hukukunda *Küchler*, s. 61; *Trüeb*, Art. 657, s. 397 Rn. 7.

²⁷⁵ *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 166; *Pentz*, AktG § 26 Rn. 25; *Limmer*, AktG § 26 Rn. 6; *Junker*, s. 211.

²⁷⁶ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 147, § 15 N 26; *Pentz*, AktG § 26 Rn. 24; *Arnold*, s. 498, AktG § 26 Rn. 16.

²⁷⁷ *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 483, 484. Kurucu intifa senetlerine ilişkin nama yazılılık koşulunun esas sözleşme ile değiştirilebileceği yönünde bkz. *Tekil*, s. 448.

olağan intifa senetleri gibi emre veya hamiline yazılabilecek olması, bunların dolaşımını kolaylaştıracaktır. Öte yandan, menfaatler, sonradan ortaklık tarafından sınırlandırılmak ya da ortadan kaldırılmak istendiği takdirde, hak sahiplerinin onaylarının alınması noktasında, özellikle hamiline yazılı senetler açısından sorunlar gündeme gelmesi muhtemeldir. Kurucu menfaatleri, kurucu ile anonim ortaklık arasındaki bir sözleşmenin ürünü olduklarından, ortaklık genel kurulunun tek taraflı olarak alacağı bir karar ile sınırlandırılmamakta ya da ortadan kaldırılamamaktadır. Menfaatleri doğrudan etkileyebilecek herhangi bir karar alınabilmesi, menfaat sahibinin de buna onay vermesine bağlıdır.²⁷⁸ Bu çerçevede, kârdan pay alma hakkı veren kurucu menfaatinin hamiline yazılı senetler aracılığıyla tanınması halinde, devir zincirinin takibi mümkün olmayacak; dolayısıyla hak sahibinin onayı bulunmaksızın genel kurul tarafından alınacak her türlü kararın, hak sahibine karşı hükümsüz olacağı savunulabilecektir. Sözü geçen olasılık ise, haliyle, kurucu intifa senetlerinin ortaklıklar tarafından benimsenmesi ve kullanılır hale gelmesi noktasında sorun yaratacaktır.

Hamiline yazılı intifa senetlerinin devir zincirlerinin ve dolayısıyla hak sahiplerinin takip edilebilmesi için, pay defterine kayıt ya da benzeri bir usulün izlenip izlenemeyeceği tartışması gündeme gelebilir. TTK md. 499 vd. hükümleri, pay defterine ilişkindir. 499. madde hükmünde, pay defterine kaydedilmesi öngörülen hak sahipleri, senede bağlanmamış pay ve nama yazılı pay senedi sahipleriyle, intifa

²⁷⁸ ‘DÖRDÜNCÜ BÖLÜM’de detaylı olarak ele alınacağı üzere, TTK md. 502 hükmünün, eTTK md. 402 hükmünün üçüncü fıkrasında yer alan, intifa senedi sahiplerinin bir kurul oluşturacağına ilişkin düzenlemeyi içermemesi hususu, tüm senet sahipleri adına söz konusu kurulun karar alarak işleme onay vermesi yolunu kapatmakta; esas sözleşmede aksine bir belirleme yapılmadıkça, her hak sahibine bizzat danışılmasını zorunlu kılar görünmektedir.

hakkı sahiplerinden ibarettir.²⁷⁹ Hükmün ikinci fıkrasından açıkça anlaşılacağı üzere, burada adı geçen intifa hakkı sahipleri, anonim ortaklık payı üzerinde lehlerine intifa hakkı tesis edilen kişiler olup, hükmün TTK md. 348 ya da 502, 503 anlamında intifa hakkı (senedi) sahipleri ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Pay defteri, kimin pay sahibi olduğunun, paya ilişkin haklardan kimlerin yararlanacağını ve yükümlülüklerin kimler tarafından yerine getirileceğinin tespitine hizmet etmekte olup, pay sahibinin taahhüt ettiği sermaye tutarı, buna karşılık yapılan ödeme ve kalan sermaye borcuna ilişkin bilgiler de defterde yer almaktadır.²⁸⁰ Bu çerçevede, pay defterine kayıt, ödenmemiş sermaye borcunun devri halinde önem taşır ve bakiye borcu ödemekle yükümlü kişinin belirlenmesinde rol oynayarak, sermaye alacağının temininin sağlanması suretiyle ortaklığı korumayı amaçlar.²⁸¹ Dolayısıyla, işlevsel açıdan bir değerlendirme yapıldığında da, kurucu menfaati ya da intifa senedi sahibi sıfatıyla ortaklığa sermaye koyma borcu altında olmayan hak sahiplerinin deftere kaydı, ortaklığın ve ortaklık malvarlığının korunması açısından bir anlam taşımayacaktır. Pay defteri aynı zamanda deftere kayıtlı kişinin hak sahipliği konusunda kişi lehine aksi ispat edilebilen bir karine de oluşturur (TTK md. 499/4).²⁸² Ancak pay defterinin bu işlevi de, pay sahipliği haklarının ve özellikle genel kurula katılma, iptal davası açma, bilgi alma hakları gibi yönetsel hakların ispatında kendisini göstermektedir.²⁸³ Anonim ortaklığın yönetimine ilişkin hakları haiz olmayan kurucu/intifa senedi sahiplerinin pay defterine kaydedilmesi, bu çerçevede de bir gereklilik olarak ortaya

²⁷⁹ Kanun'da pay üzerinde rehin hakkı sahiplerinin anılmamış olması, Kanun'un bir eksikliği olarak ifade edilmektedir, bkz. *Moroğlu*, E.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler, 8. Bası, İstanbul 2016, s. 316.

²⁸⁰ *Narbay*, Ş.: Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Ankara 2003, s. 39, 40.

²⁸¹ *Narbay*, s. 165; *Manavgat*, Ç: Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi Sistemin Esasları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S. 2, 2001 (Kaydi Sistem), s. 183.

²⁸² *Narbay*, s. 69.

²⁸³ *Narbay*, s. 178 vd.

çıkılmamaktadır. Ayrıca hem düzenlemenin adı ('pay' defteri), hem de Kanun'da düzenlendiği yer²⁸⁴ dikkate alındığında, pay defterinin, pay sahiplerine özgü bir düzenleme olduğu açıktır.²⁸⁵ Yapılan açıklamalar ışığında, kurucu/olağan intifa senedi sahiplerinin pay defterine kaydedilemeyecekleri ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki, yalnızca hamiline yazılı pay ve pay senetleri açısından bir değerlendirme yapıldığında dahi, hamiline (yazılı) olma, pay sahibinin, ortaklıktan tamamen bağımsız olarak payın devrini gerçekleştirilebilmesine hizmet ettiğinden,²⁸⁶ senede bağlanmamış hamiline paylar için pay defterine kayıt zorunluluğunun,²⁸⁷ pay sahibinin sermaye borcu tam olarak ödeninceye kadar mevcut olduğu dikkati çekmektedir. Kanun, hamiline yazılı payların bedellerinin tamamının ödendiği tarihten itibaren üç ay içerisinde pay senetlerinin bastırılıp pay sahiplerine dağıtılması gerektiğini öngörerek (TTK md. 486/2), pay sahibinin, ortaklığa karşı borcunun ifasını takiben mümkün olan en hızlı şekilde, payın hamiline yazılı olmasının sağladığı devir kolaylığı avantajından faydalanabilmesine olanak

²⁸⁴ TTK'nın "Menkul Kıymetler" başlıklı Yedinci Bölüm'ünün Birinci Ayırımı'nı "Pay Senetleri" oluştururken, "İntifa Senetleri", İkinci Ayırım'da düzenlenmektedir.

²⁸⁵ Sermaye piyasası hukuku bağlamında bir değerlendirme yapılacak olursa, kurucu ve olağan intifa senetlerinin halka açık anonim ortaklıklarda Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayda alınmasının söz konusu olup olmayacağının belirlenebilmesi için, öncelikle bu senetlerin sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin tespiti gerekmektedir. Zira SerPK, Merkezi Kayıt Kuruluşu'nun görevini, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi olarak açıklamaktadır (SerPK md. 81/1). Eski tarihli eserlerde 'intifa senetleri' sermaye piyasası araçlarının alt başlığını oluşturan menkul kıymetler (SerPK md. 3/1.ş) kapsamında değerlendirilmekteyken (örn. bkz. *Aytaç, Z.:* Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1988, s. 45), daha güncel tarihli eserlerde, yalnızca nakit karşılığı çıkarılan ve yatırım aracı olarak kullanılan 'katılma intifa senetleri' sermaye piyasası araçları arasında sayılmakta, TTK ile düzenlenen olağan intifa senetleri bu kapsamda anılmamaktadır. Menkul kıymetlerin özelliklerinin, ortaklık veya alacaklılık hakkı sağlama, belli bir meblağı temsil etme, yatırım aracı olarak kullanılma, dönemsel gelir getirme, misli nitelikte olma, seri halinde çıkarılma, ibareleri aynı olma ve kıymetli evrak özelliği taşıma şeklinde tespit edildiği dikkate alındığında (*Ünal, M.:* Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, Ankara 2011, s. 11, 12), özellikle belli bir meblağı temsil etme ve yatırım aracı olarak kullanılma özelliklerini bünyelerinde barındırmayan intifa senetlerinin sermaye piyasası araçları kapsamında değerlendirilmemesi makul görünmektedir. Sonuç olarak, kurucu ve olağan intifa senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayda alınmak suretiyle de takibinin mümkün olmayacağı ifade edilebilir.

²⁸⁶ *Manavgat*, Kaydi Sistem, s. 183.

²⁸⁷ TTK md. 499 hükmünde senede bağlanmamış payların pay defterine kaydı gereği ifade edilirken, nama veya hamiline paylar arasında bir fark gözetilmemekte, iki tür pay da bu zorunluluğa tabi bulunmaktadır (*Tekinalp*, Yeni Hukuk, s. 164 Nr. 9-139).

tanınmaktadır. Dolayısıyla, esasen, hamiline yazılı kurucu/olağan intifa senetlerinin, bizzat ‘hamiline yazılı’ olma özellikleri, devirlerinin ortaklığa bildirilmesi ve bunun ortaklık tarafından kayda alınması doğrultusunda bir zorunluluk öngörülmesine ters düşmektedir.²⁸⁸ Devir zincirinin takip edilebilmesi açısından esas sözleşmede böyle bir bildirim zorunluluğunun öngörülmesine teorik olarak bir engel bulunmamakla birlikte, söz konusu yükümlülük hak sahiplerince yerine getirilmediği takdirde bu kişilere herhangi bir müeyyide uygulanması söz konusu olmayacaktır. Esas sözleşmede öngörülen bir zorunluluğun gerçekleştirilmemesi yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna yol açabilecek olsa da, anılan müeyyide, devir zincirinin takibi hususunda ortaklığa herhangi bir yarar sağlamayacaktır.

²⁸⁸ 12 Aralık 2014 tarihinde İBK’ya eklenen ve 1 Temmuz 2015 tarihinde yürürlüğe giren md. 697i hükmü, borsaya kote edilmemiş anonim ortaklıkların hamiline yazılı paylarını devren edinen kişilerin, durumu bir ay içerisinde söz konusu payı ihraç eden anonim ortaklığa bildirmesi gereğini hükme bağlamaktadır. İsviçre öğretisinde, düzenlemenin, intifa senedi sahipleri için uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. *Spoerlé*, P.: “Neue Transparenz- und Offenlegungspflichten”, *Expert Focus* 9/15, s. 734; *Facincani*, N., *Sutter*, R.: “Meldepflichten des Aktionärs bei privaten Aktiengesellschaften – Auf dem Weg zum gläsernen Aktionär?”, *Der Treuhandexperte* 2015, s. 218. Ancak bkz. Hükmün başarısız biçimde düzenlendiğini, uygulamada pek çok sorun ortaya çıkaracağını belirten ve bu bağlamda hamiline yazılı intifa senedi sahiplerinin de bildirim yükümlülüğü bulunup bulunmadığının sorgulanması gerektiğine değinen, *Vischer*, M.D.: “GAFI-Pflichten des Verwaltungsrats gemäss Art. 697m Abs. 4 OR bei der Ausübung von Aktionärsrechten”, *Schweizerische Juristen-Zeitung* 112/2016, s. 115. İBK’ya 2014 tarihinde eklenen ve çeşitli bildirim yükümlülükleri getiren, md. 697i düzenlemesinin de aralarında bulunduğu hükümlerle amaçlananın, kâra paranın aklanması ve terörizmin finansmanının önüne geçilmesi olduğu dikkate alındığında, nakit karşılığı çıkarılmayan ve yatırım aracı özelliği göstermeyen intifa senetlerinin, yükümlülüklerin kapsamı dışında kalacak olması mantıklıdır.

VII. KURUCU MENFAATLERİNİN BENZER DÜZENLEMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

1. Katılma İntifa Senetleri

Katılma intifa senedi (KİS), Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan Pay Tebliği'nin²⁸⁹ (PT) 4. maddesinde, "Ortaklıklar tarafından nakit karşılığı satılmak üzere ihraç edilen, net kârdan pay alma, tasfiye sonucunda kalan tutara katılma veya halka açık olmayan ortaklık tarafından yeni çıkarılacak payları alma hakkı tanıyan pay benzeri menkul kıymet" biçiminde tanımlanmış olup, aynı tebliğin 36. maddesi uyarınca bu senetler, sayılan haklardan birini ya da birkaçını içerecek şekilde ihraç edilebilmektedirler. KİS'lerin çıkarılması için de, kurucu menfaatleri ve olağan intifa senetlerine benzer şekilde, esas sözleşmede bunların ihracına olanak tanıyan bir hükmün varlığı gereklidir (PT md. 36/1).

Tanımdan da anlaşılabacağı üzere, katılma intifa senetlerini, TTK md. 348 anlamındaki kurucu menfaatleri ile TTK md. 502, 503 anlamındaki olağan intifa senetlerinden ayıran temel husus, bunların nakit karşılığı çıkarılmalarıdır. Bununla beraber, KİS ihracından sağlanan fon, esas/çıkarılmış sermayeye dâhil edilmemekte, anonim ortaklığın öz kaynakları altında ayrı bir hesapta gösterilmektedir (PT md. 36/3).²⁹⁰ KİS'lere ilişkin PT hükümleri, birçok açıdan olağan intifa senetlerine ilişkin TTK hükümlerine benzerlik göstermekle birlikte, bu kurumun, olağan intifa senetlerine kıyasla şüpheyi daha az yer bırakacak bir şekil ve netlikte düzenlendiği de

²⁸⁹ Pay Tebliği (VII-128.1) (22.6.2013 tarihli ve 28865 sayılı Resmi Gazete).

²⁹⁰ Ancak KİS ihracından sağlanan fon da ortaklık alacaklıların başvurabilecekleri bir garanti fonu olup, esas sermaye ile KİS sermayesi, toplam sermayeyi oluşturmaktadır: *Teoman, Ö.*: Sermaye Piyasası Kurulunun Tebliğine Göre Katılma İntifa Senetleri, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C. II: 1982 – 2001, İstanbul 2001 (Katılma İntifa Senetleri), s. 16.

belirtilmelidir. Örneğin, KİS sahiplerine kâr payı veya tasfiye artığından pay alma hakkı tanınması halinde, söz konusu haklara ilişkin oranın esas sözleşmede gösterilme zorunluluğu açıkça ifade edilmektedir (PT md. 37/1). KİS'lere tanınacak haklar ve paylarla KİS'ler arasındaki ilişkiler, esas sözleşme ve izahname/ihraç belgesinde düzenlenecek; satış gerçekleştiği takdirde, ilgili bilgileri haiz izahname/ihraç belgesi, ortaklıkla KİS sahipleri arasında düzenlenmiş bir sözleşme niteliğini kazanacaktır (PT md. 36/4). Tebliğ, TTK'yla Kanun kapsamından çıkarılan ve dolayısıyla intifa senedi sahipleri kurulu için kendisine yapılan atfin da ortadan kalkmasına yol açan tahvil sahipleri kurulunun eksikliğinden kaynaklı boşluğu da doldurmaktadır. KİS'lere ilişkin eski Sermaye Piyasası Kurulu düzenlemesinde bulunan, tahvil sahipleri kuruluna yapılan atfin²⁹¹ yerine, ortaklığın esas sözleşmesinde öngörülmesi kaydıyla, KİS sahiplerinin imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna ilişkin TTK md. 454 hükmüne tabi özel bir kurul oluşturacağı hükme bağlanmaktadır. Ayrıca, KİS sahiplerinin, TTK'da öngörülen bilgi alma ve inceleme hakkından pay sahipleri ile aynı şekilde yararlanacakları açıkça ifade edilmektedir (PT md. 39). Nihayet, KİS sahiplerine olan kâr payı borcuna ilişkin olarak anonim ortaklığın ne zaman temerrüde düşmüş sayılacağı da, belirli bir süre öngörülme suretiyle açıklığa kavuşturulmuş bulunmaktadır (PT md. 37/3).

Tebliğ hükümlerinden, KİS sahiplerinin, kurucu menfaati (kurucu intifa senedi) sahipleri ve olağan intifa senedi sahiplerine nazaran kârdan pay alma hususunda daha iyi bir pozisyonda yer aldıkları anlaşılmaktadır. KİS sahiplerine dağıtılacak kâr

²⁹¹ Katılma İntifa Senetleri İhracına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri: III, No. 10) (14.7.1992 tarihli ve 21284 sayılı mükerrer Resmi Gazete), md. 15. Öte yandan, bu maddede açıkça yapılmış olan, her tertip KİS sahiplerinin ayrı bir genel kurul oluşturacaklarına ilişkin belirleme, Pay Tebliği'nin KİS'lere ilişkin hükümleri arasında yer almamaktadır.

payına ilişkin düzenlemeler içeren PT md. 37/2, anılan kişilere tanınan kâr payı dağıtılmadıkça birinci kanuni yedek akçe haricinde başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kâr aktarılmasına, intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine ve ortaklık çalışanlarına kârdan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Bahsi geçen düzenlemeden, ayrıca, esas sözleşme ve izahname/ihraç belgesinde aksi öngörülmediği sürece KİS sahiplerinin, pay sahiplerine birinci kâr payının ödenmesi veya ayrılmasına katlanmalarının gerekmediği de anlaşılmaktadır.²⁹² Halka açık ortaklıklarda, SerPK md. 19/2 uyarınca, pay sahiplerine birinci kâr payı ayırımına katlanmak durumunda oldukları kabul edilse dahi,²⁹³ Tebliğ'in açık hükmü gereğince, KİS sahipleri her halükârda yine intifa senetlerine nazaran öncelikli olarak kâr paylarını elde edeceklerdir. KİS sahiplerinin tasfiye artığından pay alma hakkı ise, senetlerin nakit karşılığı çıkarılmasına paralel olarak, KİS ihracı için ortaklığa verdikleri tutarın kendilerine ödenmesi biçiminde öngörülmüş;²⁹⁴ ancak bu halde de, imtiyazlı pay sahiplerinin hakları saklı tutulmakla birlikte, ortaklığın borçları ödendikten sonra kalan mevcudun öncelikli olarak tasfiye artığında hakkı bulunan KİS sahiplerine ödeme yapılması için kullanılacağı ifade edilmiştir (PT md. 37/4).

²⁹² Aynı yönde bkz. *Aktaş*, M.: Oydan Yoksun Hisse Senetleri, Ankara 2006, s. 172. Karş. SerPK md. 19/2 ve Kâr Payı Tebliği (II-19.1) (23/1/2014 tarih ve 28891 sayılı Resmi Gazete) md. 5/3.

PT md. 37/2 hükmünün, KİS sahiplerini pay sahipleri ile aynı konuma getirdiğine ve SerPK md. 19/2 düzenlemesine aykırılık oluşturduğuna yönelik eleştiriler için bkz. *Karacan*, A.İ., *Erişir Karacan*, E.: Halka Açık Şirketlerde Kâr Dağıtımı, İstanbul 2016, s. 240; *Gürbüz Usluel*, Kâr Payı, s. 138.

²⁹³ Ancak Kâr Payı Tebliği'nin "Kâr Payı Dağıtım Esasları" başlıklı 5. maddesinin 5. fıkrasında, katılma intifa senetleri sahiplerinin kâr payı hakkına ilişkin Kurul düzenlemelerinin saklı tutulduğunun belirtilmesi, halka açık anonim ortaklıklar açısından da böyle bir gerekliliğin bulunmadığına işaret etmektedir.

²⁹⁴ KİS sahiplerinin yalnızca koydukları sermayeyi geri almakla kalmayıp, varsa artan tutara da kârda uygulanan ya da esas sözleşmede öngörülen orana göre katılmaları gerektiği hususunda bkz. *Yıldız*, Ş.: Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul 1996 (Yeni Pay Alma), s. 123, 124; *Teoman*, Katılma İntifa Senetleri, s. 19.

Hukukumuzda katılma intifa senetlerinin ayrıca düzenlenmiş bulunmasını, her şeyden önce, olağan intifa senetlerinin nakit karşılığı çıkarılamayacaklarına ve esasen birer denkleştirme/iyileştirme aracı olarak öngörülmüş olduklarına²⁹⁵ ilişkin bir kanıt olarak değerlendirmek gerekir.²⁹⁶ Zira olağan intifa senetlerinin nakit karşılığı da çıkarılabilmeleri amaçlanmış olsaydı, adı geçen senetlerden yalnızca nakit karşılığı çıkarılabilmek ve kârdan daha öncelikli olarak pay alabilme hususlarında farklılaşan başka bir senet türünün yaratılmasına ihtiyaç duyulmazdı. Öte yandan, KİS ve olağan intifa senetleri arasındaki benzerlikler dikkate alındığında, KİS'e ilişkin PT hükümleri, ne olağan intifa senetleri ne de kurucu menfaatleri çerçevesinde TTK'da açık düzenlemesi bulunan, ancak öğreti ve yargı kararları ile ortaya konan bazı tespitlerin yerindeliliğini tasdik eder nitelik taşımaları açısından önem arz etmektedirler: Bu kapsamda, kâr ve tasfiye payına ilişkin oranların esas sözleşmede gösterilmesi gerektiğini, senet sahiplerine tanınabilecek hakları ve KİS sahiplerinin pay sahipleri ile ilişkileri hususunda bilgiler içeren esas sözleşme ve izahnamenin ortaklıkla senet sahipleri arasında düzenlenmiş bir sözleşme niteliğinde olduğunu hükme bağlayan PT düzenlemeleri zikredilebilecektir. Esas sözleşmede öngörülmüş olması halinde, KİS sahiplerinin, imtiyazlı pay sahipleri kurulunu düzenleyen TTK hükmüne tabi özel bir kurul oluşturabilmeleri, kurucu menfaati/olağan intifa senedi sahiplerinin haklarının sonradan sınırlandırılması ya da kaldırılması gerektiğinde her bir hak sahibinin onayının alınmasına ilişkin zorluk bağlamında ortaya çıkan sorunun çözümü için de bir alternatif sunmaktadır. TTK'da aksini öngören emredici bir hüküm mevcut

²⁹⁵ Bu husustaki tartışma ve değerlendirmeler için bkz. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM, I., 2., A., b.

²⁹⁶ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 609, § 46 N 3. İntifa senetlerinin bedel karşılığında çıkarılmasının kanun koyucunun düşünmediği bir husus olduğu görüşü için bkz. *Teoman*, Katılma İntifa Senetleri, s. 10, 15.

olmadığından, bahsi geçen türde bir düzenlemenin kurucu menfaati/intifa senetleri için de esas sözleşmede öngörülmesine bir engel bulunmamalıdır. Bilgi alma ve inceleme hakkının açıkça pay sahipleri ile aynı koşullarda KİS sahiplerine tanınmış olması, ilgili kişilerin, kurucular ve olağan intifa senedi sahiplerinin aksine, risk sermayesine katılmış olmalarının doğal bir sonucu olarak değerlendirilmelidir. Zira ayrı bir hesapta olsa da, KİS sahiplerinin getirdikleri nakit de ortaklığın öz kaynakları arasında yer almaktadır. Ortaklığa kaynak getiren bu kişilerin, ortaklığın gidişatı hakkında bilgi almaları da en doğal haklarıdır.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hukukumuzda KİS, olağan intifa senetlerinin nakit karşılığı çıkarılan türü biçiminde öngörülmüştür. Ortaklığa öz kaynak getiren KİS sahiplerinin, risk sermayesine katılmalarına karşın genel kurulda oy kullanma haklarının bulunmaması hususu, söz konusu kişilere kârdan ya da tasfiye artığından pay alma konusunda diğer katılanlara nazaran öncelik sağlanması, bilgi alma ve inceleme haklarının tanınması ve KİS sahipleri kurulu aracılığı ile haklarının korunması olanağının yaratılması suretiyle dengelenmeye çalışılmıştır. Öte yandan, KİS'lere ve sağladıkları haklara sahip olabilmek için ne kurucu menfaatlerinde olduğu gibi ortaklığın kurucuları arasında yer alma (TTK md. 348), ne de olağan intifa senetlerinde olduğu gibi ortaklıkla ilgili olma (TTK md. 502) koşullarının sağlanmasına ihtiyaç vardır.²⁹⁷ Bir anonim ortaklık, kanuna uygun şekilde bahis konusu senetleri ihraç ettiği takdirde, senedin ihraç bedelini ödeyen

²⁹⁷ Bununla birlikte, kurucu menfaatleri ile olağan intifa senetlerine benzer şekilde, KİS'lerin sağladığı haklardan yararlanılabilmesi için, kural olarak, hakların senede bağlanmış olmaları zorunluluğu bulunmamaktadır (*Böckli*, s. 635, 636, Nr. 40; *Hess/Rampini/Spillmann*, s. 479, Art. 656a Nr. 3.) Öte yandan yazarlar, hamiline yazılı KİS'in senetsiz çıkarılması halinde, hamiline bir kıymetli evraktan söz edilemeyecek olması ve hakkın her halde yazılı biçimde devredilmesinin gerekmesinden hareketle, burada hukuki bir anomalinin ortaya çıkacağını, dolayısıyla uygulamada ancak nama yazılı katılma intifa haklarından bahsedilebileceğini belirtmektedirler.

herkes KİS sahipliği sıfatıyla ortaklığın malvarlığına katılma hakkını elde edebilmektedir.²⁹⁸

Son olarak, hukukumuzdaki KİS düzenlemesinin, kurumun İsviçre hukukundaki paraleline kıyasla büyük farklılıklar gösterdiğinin de vurgulanması gerekir.

Gerçekten İsviçre hukukundaki KİS'ler, hukukumuzda halka açık anonim ortaklıklar için öngörülen oydan yoksun paylar (OYP) ile daha büyük benzerlikler göstermektedir. Nitekim İsviçre öğretisinde de açıkça, KİS'in, İBK'da bir pay türü olarak öngörülmemesine rağmen, hemen her açıdan oydan yoksun pay örneği ışığında düzenlenmiş bulunduğu; kanun koyucunun, kurumu bu şekilde adlandırmaktan kaçınmakla birlikte, KİS hükümleriyle aslında fiilen oydan yoksun payı kanunlaştırmış olduğu ifade edilmektedir.²⁹⁹ Yabancı hukuklarda, anonim ortaklığın oy dengesi bozulmaksızın ortaklığa öz kaynak sağlanması amacıyla³⁰⁰ KİS ya da oydan yoksun pay kurumlarından biri tercih edilmektedir.³⁰¹ Hukukumuzda KİS'in İsviçre hukukundan farklı ve daha dar kapsamlı yorumlanması, muhtemelen bizde her iki kurumun da mevcut olmasından ileri gelmektedir.

²⁹⁸ KİS bir halka açılma aracı olduğu kadar, kapalı ortaklık olma niteliklerini devam ettirmek arzusundaki ortaklıkların sermaye piyasasından kaynak toplamalarına da imkân verir: *Aktaş*, s. 97, 98. ²⁹⁹ *Böckli*, s. 627, Nr. 13; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 610, § 46 N 9; *Hess/Rampini/Spillmann*, s. 477, Art. 656a, Nr. 1.

Böckli (s. 635 Nr. 38, 38a), İsviçre hukukunda oydan yoksun paylar yerine KİS'lerin tercih edilmiş olmasını aşağıdaki gerekçelerle açıklamaktadır: Yazara göre, oydan yoksun paylar, her şeyden önce, von Greyerz tarafından belirtildiği üzere 'oydan yoksun' ifadesi olumsuz bir çağrışım yaptığı için tercih edilmemiştir. Ayrıca İsviçre'de KİS kurumu uygulama tarafından oluşturulmuş (ayrıca bkz. *Tekinalp*, Ü.: "Katılma İntifa Senetleri 'Partizipationsschein'", BATİDER, Aralık 1971, C. VI, s. 2, s. 297) ve uygulamada yerleşmiş bulunduğu, bunun değiştirilmesine gerek duyulmamıştır. İBK'da 2005 yılında yapılan değişiklik öncesinde, oydan yoksun payların İsviçre hukukuna dâhil edilip edilmemesi hususu tartışılmış; ancak düzenlemenin kabulü halinde Alman hukuku örneğine paralel biçimde, kanunda veya esas sözleşmede öngörüldüğü takdirde, ortaklığın kâr dağıtmaması olasılığında OYP sahiplerinin 'sessiz' bulunan oy haklarının dirilmesi gerekeceği göz önüne alınarak, kurumun reddine karar verilmiştir.

³⁰⁰ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 619 § 46 N 76.

³⁰¹ KİS ve OYP'ye ilişkin olarak, bunlardan birisinin etkin olduğu hukuk sisteminde diğerinin uygulamada etkisiz kaldığı hususunda bkz. *Aktaş*, s. 99.

2. Oydan Yoksun Paylar

Yukarıda KİS'ler tartışılırken anılan Pay Tebliği, önceki tarihli Oydan Yoksun Paylara İlişkin Tebliğ'i (OYPT)³⁰² yürürlükten kaldırmış; PT md. 51/2 hükmünde, Sermaye Piyasası Kurulu'nun diğer düzenlemelerinde OYPT'ye yapılan atıfların, PT'ye yapılmış sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, PT, OYP'ye ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Söz konusu durumun, Kurul'un, yeni düzenlemede KİS'lere OYP'ye nazaran öncelik tanınmasını amaçladığı biçiminde anlaşılması mümkündür. Öte yandan, SerPK'da da PT'de de OYP'nin sistem kapsamından çıkarıldığına ilişkin açık bir hüküm bulunmaması ve yapısal değişikliklere ilişkin TTK maddelerinde OYP sahiplerinin haklarının korunmasını düzenleyen kuralların (TTK md. 140/3, 167/1.d, 183/1) yer alması karşısında, OYP'nin artık Türk hukukunda uygulama alanı kalmadığından söz etmek mümkün olmasa gerektir. Mevcut düzenlemeler kapsamında, ihraç koşullarına ilişkin kuralların yokluğunda, Kurul'un yapacağı ikincil bir düzenlemeye kadar OYP çıkarılamayacak olmakla birlikte, kurumun hukuki temeli TTK'da hala mevcut bulunduğundan, ikincil düzenlemenin yapılması halinde adı geçen payların çıkarılmasının yeniden olanaklı hale geleceği sonucuna varılabilir. Bu koşullar altında, OYP'lere ilişkin açıklamalar, PT ile yürürlükten kaldırılan, ancak henüz yerine yeni hükümler sevk edilmemiş bulunan OYPT ışığında yapılacaktır.

Oydan yoksun paylar, adından da anlaşıldığı üzere, bir pay çeşidi olarak öngörüldüklerinden, esas sermayenin bir parçasını oluştururlar.³⁰³ Dolayısıyla, her

³⁰² Oydan Yoksun Paylara İlişkin Tebliğ (Seri: I, No: 36), (21.1.2009 tarihli ve 27117 sayılı Resmi Gazete).

³⁰³ *Aktaş*, s. 10.

şeyden önce, kurucu menfaatleri/intifa senetleri, olağan intifa senetleri ile KİS'lerden bu açıdan farklılık göstermektedirler. Zira sayılan kurumlardan hiç birisi 'pay' niteliğini haiz bulunmamakta, sahiplerine pay sahipliği sıfatını ve dolayısıyla bu sıfat kaynaklı hakları kazandırmamaktadırlar. Öte yandan, adı geçen kurumlara benzerlik gösteren özellikler olarak, OYP çıkarılabilmesi için esas sözleşmede buna ilişkin hüküm bulunması³⁰⁴ ve ardından ortaklığın yetkili organının bu payların ihracı hususunda karar alması gerekliliklerinin ifade edilmesi mümkündür (OYPT md. 9).

OYP, sahiplerine genel kurulda oy kullanma hakkı vermemesi noktasında diğer (adi) paylardan ayrılmakta,³⁰⁵ böylece her pay sahibinin sadece bir paya sahip olsa dahi en az bir oy hakkını haiz olduğu biçimindeki anonim ortaklık ilkesine ve ilgili TTK hükmüne (TTK md. 434/2) bir istisna teşkil etmektedir.³⁰⁶ Öte yandan anılan payların sahipleri, oy hakkı dışındaki diğer bütün pay sahipliği haklarını haizdirler.³⁰⁷ Bunun yanı sıra, oy hakkından yoksunluğu dengeleyici bir unsur olarak, söz konusu payların kârda imtiyazlı olarak çıkarılması zorunludur (OYPT md. 14).

³⁰⁴ OYPT md. 4/1.e hükmünde açıkça OYP'nin bir sermaye artırımı ile ihraç edilebileceğinin öngörülmesi, söz konusu payların ilk esas sözleşme ile çıkarılamayacaklarına işaret etmektedir. Aynı yönde bkz. *Nomer*, N.F.: Anonim Ortaklıklarda Oydan Yoksun Paylar, İstanbul 1994 (Oydan Yoksun Paylar), s. 34. OYP ihracının ortaklıktaki oy dengesi bozulmaksızın ortaklığa öz kaynak sağlanması amacıyla gerçekleştiriliyor olması, varılan bu sonucu mantıklı kılmaktadır. İlk esas sözleşme ile de oydan yoksun payların çıkarılabilmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. *Koch*, AktG § 139 Rn. 15.

³⁰⁵ Esas sözleşmede hüküm bulunmak kaydıyla OYP sahipleri oy hakkı bulunmaksızın ortaklık genel kuruluna katılabilir ve oylamalardan önce görüş açıklayabilirler. Toplantıya katılıp muhalefet şerhi yazdıran OYP sahipleri aynı zamanda TTK md. 445 vd. uyarınca genel kurul kararının iptalini (ve/veya butlanını) talep edebileceklerdir (OYPT md. 20). Esas sözleşmede hüküm bulunmasa bile genel kurula katılma ve buna bağlı hakların OYP sahiplerine tanınması gerektiği, pay sahibi sıfatları nedeniyle hâlihazırda haiz oldukları bu hakkın, sırf oydan yoksunluk gerekçesiyle mevcut bulunmadığının kabulünün mümkün olmadığı hususunda bkz. *Nomer*, Oydan Yoksun Paylar, s. 68.

³⁰⁶ *Nomer*, Oydan Yoksun Paylar, s. 6.

³⁰⁷ Oy hakkından yoksunluğun, söz konusu hakka bağlı haklardan da yoksunluğu beraberinde getirdiği hususunda bkz. *Aktaş*, s. 10. Aksi yönde bkz. *Nomer*, Oydan Yoksun Paylar, s. 42.

OYP'lere kâr payında imtiyazın yanı sıra, esas sözleşmede öngörülmek suretiyle başka hususlarda imtiyaz tanınması da mümkündür; ancak bedelsiz pay alma hakkında imtiyaz bu olanağın kapsamı dışında tutulmuştur (OYPT md. 15/1). İhraç eden anonim ortaklığın tercihiine bağılı olarak, OYP'nin, sahiplerine, aynı zamanda belirli bir vade veya vadelerde paylarını ortaklığın oy hakkına sahip payları ile değıştirme ya da sabit veya değışken bir oran üzerinden ortaklığın oy hakkına sahip paylarını satın alma hakları sağılamaları da mümkündür (OYPT md. 12). Satın alma hakkını kullandığı takdirde OYP'nin yanı sıra ortaklığın oy hakkını haiz paylarını da edinebilen OYP sahibi, kendisine değıştirme hakkı tanınmış olması halinde ise belirlenen vadenin dolmasını takiben, hiçbir işleme gerek bulunmaksızın OYP sahibi olmaktan çıkarak ortaklığın oy hakkını haiz pay sahibi haline gelir (OYPT md. 12/2). OYP sahibine satın alma ve/veya değıştirme hakları tanınmaması halinde dahi oydan yoksunluk kesin olmayıp, ortaklığın üç yıl ard arda kâr dağıtmaması veya mevzuat buna izin vermediğı takdirde, herhangi bir nedenle bir yıl OYP imtiyazına ilişkin kâr dağıtımını yapmaması halinde ilgili pay sahipleri, esas sermayeye katılımları oranında oy hakkı elde ederler; ancak bu halde, imtiyazlı olan payları adi paya dönüşür (OYPT md. 16).

OYP sahiplerinin kâr payı imtiyazlarının oranı esas sözleşmede gösterilir (OYPT md. 9/1.c). Adı geçen payların sahipleri, tüm pay sahiplerine dağıtılan birinci kâr payından diğere pay sahipleri ile birlikte yararlanır, bunun ardından ayrıca kendileri için öngörülen imtiyazın karşılığını alırlar (OYPT md. 14/1).³⁰⁸ OYP sahiplerine,

³⁰⁸ Tebliğ tarafından OYP sahiplerinin diğere pay sahiplerine nazaran kârdan öncelikle yararlanmalarının öngörülmemiş ve OYP haricinde başka kârda imtiyazlı payların bulunması halinde hangi payların kârdan öncelikle pay alacaklarının esas sözleşme ile düzenlenmek üzere anonim ortaklık ihtiyarına bırakılmış olmasının eleştirisi ile ortaklığın OYP sahiplerine öncelik veren bir

imtiyazları uyarınca hak kazandıkları kâr payları dağıtılmadığı sürece genel kurul başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kâr aktarılmasına, yönetim kurulu üyeleri, memur, müstahdem ve işçilere, vakıflara veya benzeri kişi veya kurumlara kârdan pay dağıtılmasına karar veremez (OYPT md. 14/2). Bahsi geçen pay sahiplerine esas sözleşme ile ayrıca tasfiye payında imtiyaz tanınmış olması halinde ise, ortaklığa koymuş oldukları sermayeler, (oy hakkını haiz) imtiyazlı pay sahiplerinin hakları saklı olmak üzere, öncelikli olarak tasfiye bakiyesinden kendilerine iade edilecektir (OYPT md. 15/2).³⁰⁹

OYP sahiplerinin, haklarını, OYP sahipleri özel kurulu aracılığıyla korumaları mümkündür. Genel kurulun söz konusu pay sahiplerinin haklarında değişiklik yaratan kararları, ilgili özel kurul tarafından belirli süre içerisinde onaylanmadıkça hüküm ifade etmez. OYPT, kurulun toplantı ve karar yetersayıları için imtiyazlı pay sahipleri genel kuruluna ilişkin hükme atıf yapmaktadır (OYPT md. 21).

OYP, KİS'e nazaran daha avantajlı bir yatırım aracı olarak görünmektedir. Zira OYP sahibi, oy hakkı dışında bütün pay sahipliği haklarını haiz olan, gerçek bir pay sahibidir. Bu nedenle, KİS sahiplerinin aksine, yalnızca haklarının ihlaline karşı kendilerini koruma olanakları olmayıp, ortaklık yönetimine müdahale edebilmeleri de mümkündür. OYP sahipleri, her ne kadar ortaklık yönetimine etki etmenin en etkili aracı olan oy hakkına sahip bulunmasalar da, genel kurul kararlarının iptalini

düzenleme yapmamış bulunması halinde dahi, ilgili kişilerin, diğer kârda imtiyazlı paylardan önce imtiyazlı kârlarını alacaklarının kabulünün gerektiği hususunda bkz. *Nomer*, Oydan Yoksun Paylar, s. 56, 57. Yazar ayrıca, olması gereken hukuk bakımından OYP sahiplerine, pay sahiplerine birinci kâr payı ayrılmasından önce kârdan yararlanma imkânı tanınması gerektiği görüşündedir.

³⁰⁹ *Nomer* (Oydan Yoksun Paylar, s. 77), imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının saklı tutulmasını, OYP ve (oy hakkını haiz) imtiyazlı paylardan hangisinin diğerine nazaran tasfiyeden öncelikle pay alacağına ilişkin düzenlemenin esas sözleşme ile getirileceği biçiminde yorumlamaktadır. Kanımızca 'saklı tutma', (oy hakkını haiz) tasfiye payında imtiyazlı pay sahiplerinin OYP sahiplerine nazaran öncelikli olduğuna işaret etmektedir.

dava etmek, butlanının tespitini istemek ve kanunen öngörülen sermaye oranına ulaştıkları takdirde azınlık haklarını kullanmak suretiyle benzer sonuçları elde edebilmektedirler.³¹⁰ Mali açıdan bakıldığında da, OYP sahiplerine kâr payında imtiyaz tanınması zorunluluğu nedeniyle, adı geçen kişilerin elde edecekleri kâr payının, KİS sahiplerine oranla daha yüksek olması muhtemeldir.³¹¹ Anılan gerekçeler, OYP'yi, anonim ortaklıklar tarafından daha az tercih edilir hale getirecek niteliktedir.

3. İmtiyazlı Paylar

İmtiyazlı paylara ilişkin düzenlemeler, TTK md. 478 ile 479 hükümlerinde yer almaktadır. İmtiyazlı paylar da her şeyden önce bir pay çeşidi olup, (adi) payların sahiplerine verdikleri bütün hakları içermektedirler. Öngörülen imtiyaz, hâlihazırda tüm pay sahiplerinin haiz olduğu haklardan (kâr payı, tasfiye payı, yeni pay alma ve oy hakkı gibi) bir veya birkaçına ilişkin olarak üstün bir hak ya da kanunda öngörülmemiş ve dolayısıyla diğer pay sahiplerinde bulunmayan, yeni, başkaca bir pay sahipliği hakkına sahip olma biçiminde kendisini gösterir (TTK md. 478/2). Hükümde 'gibi' kelimesinin kullanılması, sınırlı bir sayımın söz konusu olmadığına işaret etmekte, verilen örnekler ağırlıklı olarak pay sahiplerinin malvarlığı haklarına ilişkin olmakla birlikte oy hakkının da ayrıca ifade edilmiş bulunması, imtiyazlı

³¹⁰ *Nomer*, Oydan Yoksun Paylar, s. 10; *Aktaş*, s. 98.

³¹¹ *Nomer*, Oydan Yoksun Paylar, s. 13; *Aktaş*, s. 98. KİS'in mevcudiyetine rağmen OYP'nin düzenlenmesindeki temel amacın, KİS'lerin oydan yoksun olmakla birlikte diğer ortaklık haklarında imtiyaz sağlamamalarından dolayı ihraç işlerliği bulunmaması, buna karşın OYP'nin, oydan yoksunluğun karşılığında kârda, yeni pay alma hakkında veya tasfiye payında imtiyaz veren bir mali araç olarak düşünülmesi olduğu hususunda bkz. *Sayar*, Z.: Oydan Yoksun Hisse Senetleri ve Vekaleten Oy Kullanma Sistemlerine İlişkin Olarak Hazırlanan Notlar, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporları, Ankara 1992, s. 1.

paylara, pay sahiplerinin yönetsel haklarında da üstünlük sağlanabileceği düşüncesini uyandırmaktadır. Ancak TTK md. 478 hükmünün madde gerekçesinde, imtiyazın esas itibarıyla malvarlığı haklarında tanınabileceği, oyda imtiyazın bunun bir istisnasını teşkil ettiği ve bu nedenle TTK md. 479 hükmünde düzenlenen, adı geçen imtiyaz türünün, farklı bir rejime tabi tutulduğu ifade edilmektedir.

Paylara imtiyaz tanınması, ancak bunun ilk esas sözleşmede gösterilmesi ya da esas sözleşmede değişiklik yapılarak bu yönde bir hüküm sevk edilmesi suretiyle gerçekleştirilebilir (TTK md. 478/1). Esas sözleşmenin değiştirilmesi ile yalnızca imtiyazlı paylar çıkarılması değil, mevcut paylara imtiyaz tanınması da mümkündür;³¹² ancak esas sözleşme değişikliği ile imtiyazlı pay oluşturulabilmesi için, sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin olumlu oyları gereklidir (TTK md. 421/3.b).

Kanunda öngörülen düzenlemelerden hareketle imtiyazlı paylara ilişkin olarak yapılabilecek başlıca tespit, imtiyazın kural olarak yalnızca paya tanınabileceğidir.

Dolayısıyla, belirli bir kişiye, sığata veya makama bağlanan hakların TTK kapsamında imtiyaz olarak nitelendirilmesi mümkün olmayıp,³¹³ kurucuların bizzat şahıslarına tanınan kurucu menfaatleri ile imtiyazlı paylar arasındaki en büyük fark da burada ortaya çıkmaktadır.³¹⁴ Bununla birlikte, bizzat TTK md. 478, imtiyazın paya tanınması kuralına bir istisna getirmekte ve TTK md. 360 hükmünü saklı

³¹² TTK md. 478 gerekçesi.

³¹³ *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 479 Nr. 786; *Uysal*, E.: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, İstanbul 2016, s. 49.

³¹⁴ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 532, 533, § 41 N 29; *Burkhalter*, Art. 654-655, s. 1372, Nr. 3; *Heiz*, C.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530-771 OR (Hrsg.: *Roberto*, V., *Trüeb*, H.R.), 2. Aufl., Zürich 2012, s. 373, Art. 654-655, Nr. 1.

tutmaktadır. Anılan ikinci hüküm ise, esas sözleşmede öngörülmesi şartı ile belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabileceğini ve bahis konusu hakkın tanındığı payların imtiyazlı sayılacağını düzenlemektedir. 360. madde gerekçesinde, bu hüküm çerçevesinde kârda, oyda, tasfiye payında veya diğer herhangi bir malvarlığı hakkında imtiyazlı olan bir pay grubuna yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabileceği ifade edilmek suretiyle, ‘belli pay grupları’ kapsamına imtiyazlı payların da dâhil olduğuna açıklık getirilmiş; öte yandan, pay sahibi grupları³¹⁵ ile azlığa bu olanağın tanınmasına ilişkin olarak, söz konusu hususun öğretisi ve yargı kararlarında netlik kazanacağı belirtilmiştir. Bu noktada, ‘özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri’ grubuna kurucuların dâhil edilip edilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Yine TTK md. 360 hükmünün gerekçesinde, hak sahibi olacak grubun, belirlenebilir ve tanınabilir bir şekilde tanımlanması, diğer pay sahiplerinden ayrılabilir olması gerektiği ifade edilmiş,³¹⁶ örnek olarak da yan sanayi mensupları ve bayiler verilmiştir. Kaynak İBK hükmü bağlamında İsviçre öğretisinde sayılan örnekler arasında ise kurucuların pay sahibi olan aile mensupları, ortaklığın ticaret yaptığı kişiler, küçük yatırımcılar,³¹⁷ hatta sorun yaratmaya elverişli olduğunun altı çizilmekle birlikte, din, dil ve politik

³¹⁵ Belli grup oluşturan pay sahiplerine bahsi geçen imtiyazın tanınması halinde, ilgili kişilerin paylarının bağlı nama yazılı olmasına ihtiyaç bulunduğu, zira payları devralacak kişilerin de mevcut pay sahiplerinin özellik ve niteliklerini taşımaları gerektiği hususunda bkz. *Pulaşlı*, H.: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 2. Bası, Ankara 2015 (Şerh C. II), s. 1299, 1300. Kanunda açıkça öngörülmediğinden, bu şekilde bir sınırlamadan söz edilemeyeceği yönündeki aksi görüş için bkz. *Uysal*, s. 55.

³¹⁶ İlgili grubu farklı kılan özelliklerin aynı zamanda belirli bir süreklilik göstermesi gerektiği hususunda bkz. *Stach*, P.: OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht (Hrsg.: *Kostkiewicz*, J.K., *Nobel*, P., *Schwander*, I., *Wolf*, S.), Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2009, s. 1549, Art. 709, Nr. 9.

³¹⁷ *Böckli*, s. 1569 Nr. 77; *Stach*, s. 1549, Art. 709, Nr. 8.

görüşleri açısından birlik gösteren gruplar dahi yer almaktadır.³¹⁸ Bu doğrultuda, aynı zamanda pay sahibi olan kuruculara da esas sözleşmeye konulacak bir hüküm ile yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir görünmektedir.³¹⁹ Öte yandan, bahis konusu hak, TTK md. 348 kapsamında tanınan bir kurucu menfaati olmayacak; TTK md. 360 uyarınca kurucu pay sahiplerine, yani bir pay sahibi grubuna tanınan bir imtiyaz teşkil edecektir. Kurucular, ilgili imtiyazdan, yalnızca pay sahipliği sıfatlarını korudukları sürece ve toplu olarak yararlanabileceklerdir.

Kâr payında imtiyaz, kârdan daha fazla pay almak veya kârdan öncelikle pay almak biçiminde sağlanabileceği gibi, kârda imtiyazlı pay sahipleri için esas sözleşmede öngörülen belirli yüzdede kârın ödenmesine faaliyet dönemi sonucu elde edilen kârın yetmemesi halinde, gelecek dönem kârından öncelikle bu eksikğin tamamlanmasını kapsar biçimde de tanınabilecektir.³²⁰ Tasfiye artığından pay almada da, benzer şekilde, tasfiye payından imtiyazlı payların öncelikli olarak ve/veya daha yüksek oranda pay almak gibi ayrıcalıkları söz konusu olur.³²¹

³¹⁸ Böckli, s. 1569 Nr. 77.

³¹⁹ Çamoğlu (Çamoğlu, E.: 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili, Arslanlı Bilim Arşivi (www.arslanlibilimarsivi.com, Erişim tarihi: 18.7.2016), s. 3) da pay sahibi grupları örnekleri arasında kurucu ailenin üyeleri ve alt soyuna yer vermektedir. Yazar, ayrıca, Kanun her ne kadar gruptan söz etmekte ise de, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının ismen bir ya da birden çok ortağa da tanınabileceği görüşünde olduğunu belirtmekte; bu çerçevede, hakkın kurucunun ailesine tanınması kadar, kendisine şahsen tanınmasının da mümkün bulunduğunu, anılan olasılıkta hakkın, kişinin hayatı ile sınırlı olacağını öne sürmektedir. TTK md. 360 hükmüne dayanılarak belirli bir şahsa imtiyaz tanınamayacağı yönündeki aksi görüş için bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), AŞ C.1, s. 428.

³²⁰ Karahan, S.: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul 1991 (İmtiyazlı Paylar), s. 61 vd.; Uysal, s. 76 vd.; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 481 Nr. 791; Pulaşlı, Şerh C. II, s. 1301; Bozgeyik, H.: Şirketler Hukuku (Ed.: Karahan, S.), 2. Bası, Konya 2013, s. 639; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 532, § 41 N 27.

³²¹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 532, § 41 N 27; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 481 Nr. 795.

İmtiyazlı pay sahiplerinin hakları TTK md. 454 uyarınca oluşturulacak özel bir kurul vasıtasıyla korunur. Adı geçen hükme göre, genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine, yönetim kuruluna sermaye artırımı konusunda yetki verilmesine ilişkin kararları³²² ile yönetim kurulunun sermaye artırımına ilişkin kararı,³²³ bahis konusu pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise, ilgili karar imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından onaylanmadıkça uygulanmaz. Öte yandan, kurulun hükümde öngörülen süre içinde toplanamaması halinde, genel kurul kararı onaylanmış sayılır. İmtiyazlı pay sahiplerinin genel kurulda esas sözleşmenin değiştirilmesine, özel kurul tarafından onama kararının alınması için gerekli nisaplara uygun olarak olumlu oy vermiş olmaları halinde ise özel toplantı yapılması suretiyle kararın onaylanması aranmayacaktır (TTK md. 454/4).

İmtiyazlı paylar, anonim ortaklığın kuruluşunda ya da gelişiminde özel katkıları olan kişilere, söz konusu katkılarının denkleştirilmesi amacıyla tanınabilmektedir.³²⁴ Bu çerçevede, örneğin, iki kişi bir ortaklığı kuruyor ve ortaklığın yönetimine ilişkin eşit söz hakkına sahip olmak istiyorlarsa, bunlardan birinin kuruluş sırasında yaptığı harcamalar ya da getirmiş olduğu yüksek değerli ayni sermaye karşılığında, lehine imtiyazlı pay çıkarılması yoluna gidilebilmektedir.³²⁵ İmtiyazlı payların bir diğer kullanım alanı, aile ortaklıklarında ‘girişimci’ ve ‘yatırımcı’ ortakların farklı

³²² Ayrıca bkz. “Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ” (19.10.2012 tarih ve 28446 sayılı Resmi Gazete), md. 7/2; SerPK md. 18/4 ve “Kayıtlı Sermaye Sistemi Tebliği (II – 18.1)” (25.12.2013 tarih ve 28862 sayılı Resmi Gazete), md. 9/3.

³²³ Kayıtlı sermaye sistemindeki halka açık ve paylarını halka arz etmek üzere Kurul’a başvurmuş olan ortaklıklarda, yönetim kurulunun kayıtlı sermaye tavanı dâhilinde gerçekleştireceği sermaye artırımları buna istisnadır. Anılan artırımlarda, ayrıca imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun kararı aranmamaktadır (SerPK md. 18/4; Kayıtlı Sermaye Tebliği (II – 18.1), md. 9/3). “Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”de ise benzer bir istisna hükmü öngörülmüş değildir.

³²⁴ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s. 58, 59.

³²⁵ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 533, § 41 N 33, 34.

beklentilerinin karşılanması biçiminde ortaya çıkmaktadır.³²⁶ Girişimci ortağın, oyda imtiyazlı paylar ile ortaklığın yönetiminde daha fazla söz sahibi olması sağlanırken, yatırımcı ortağın mümkün olduğunca düzenli olarak imtiyazlı bir biçimde kârdan pay almasının önü açılmaktadır.³²⁷ Ancak imtiyazlı paylar, her şeyden önce, olağan intifa senetlerine benzer biçimde, ortaklığın durumunun iyileştirilmesi amacıyla önlem alınmasında önemli bir araç niteliği göstermektedirler.³²⁸ Zira üçüncü kişiler, ortaklığın durumunun iyileştirilmesine yönelik önlemler alınması gereken durumlarda, ancak kendilerine mali bir menfaat tanınması koşuluyla ortaklığa risk sermayesi getirmeye razı olacaklardır³²⁹ ve imtiyazlı paylar, bunu sağlamaya en elverişli araç olarak kendilerini gösterirler. İmtiyazlı payların çıkarılmasında, ihracın objektif olarak meşru bir gerekçeye dayanması aranmakta, bu çerçevede, aşırı yararlanma sağlayacak bir imtiyazın geçersiz olacağı ifade edilmektedir.³³⁰

Kurucuların aynı zamanda ‘pay sahibi’ sıfatını haiz olmaları, kendilerine kurucu menfaati sağlamak yerine, lehlerine imtiyazlı pay çıkarmak yönünde bir tercihte bulunmalarının da mümkün olabileceği izlenimini uyandırmaktadır. Nitekim böyle bir tercih, özellikle kârdan pay alma hakkı bakımından kendileri için daha avantajlı dahi olabilecektir. Zira, esas sözleşmede, imtiyazın ‘kârdan öncelikli olarak yararlanma’ biçiminde gerçekleşeceğini öngörmek suretiyle, kurucu menfaati sahibi olmaları halinde gündeme gelecek olan, pay sahiplerine birinci kâr payı ayırımına

³²⁶ Heiz, s. 373, Art. 654, 655, Nr. 1.

³²⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 533, § 41 N 35.

³²⁸ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s. 59; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 534, § 41 N 37; Heiz, Art. 654, 655, s. 373, Nr. 1; Böckli, s. 531, Nr. 156.

³²⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 533, § 41 N 37.

³³⁰ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s. 44; Yıldız, Ş.: Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004 (Eşit İşlem), s. 129; Heiz, s. 374, Art. 654, Nr. 4. Adı geçen son yazar, objektif olarak meşru bir gerekçeye dayanma gerekliliğini, çıkarıldıkları zaman diliminden bağımsız olarak tüm imtiyazlı paylar için öngörmekle birlikte, söz konusu koşulun, özellikle kuruluştan sonra çıkarılacak olanlar açısından önem taşıdığının altını çizmektedir.

katlanmalarına gerek kalmayacağı gibi,³³¹ TTK md. 348/1 hükmünde ifade edilen oransal üst sınıra uymalarına da ihtiyaç bulunmayacaktır. Hakların korunması açısından değerlendirildiğinde de, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu aracılığı ile haklarını ihlal edecek nitelikteki esas sözleşme değişiklikleri ve sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararlarının uygulanmasını engellemeleri mümkün olabilecektir. Kurucu menfaatlerini doğrudan sınırlandıran genel kurul kararlarına ilişkin olarak, esas sözleşme ile aksi öngörülmediği ya da ilgili kararlara onay vermek üzere özel bir kurul teşkil edilmediği takdirde, bizzat her hak sahibinin onayının alınması gerekmesi nedeniyle, korumanın daha güçlü olacağı savunulabilecektir. Bununla birlikte, hakları dolaylı olarak etkileyen genel kurul kararlarına karşı korunma bakımından kârda imtiyazlı paylar daha iyi durumdadır. Ayrıca, TTK md. 348/2 hükmü dikkate alındığında, ortaklığın halka açılması halinde karşılıksız olarak iptal edilecek ya da kendiğinden geçersiz hale gelecek kurucu menfaati (intifa senedi) yerine, hakkında böyle bir hüküm öngörülmemiş bulunan imtiyazlı paylara yönelmek kurucular açısından daha tercih edilebilir olabilecektir.³³² Öte yandan imtiyazlı paylar aracılığıyla sağlanabilecek haklar, yalnızca malvarlığına ilişkin haklar olduğundan, mali niteliği bulunmayan hakların tanınabilmesi için kurucu menfaatleri düzenlemesine başvurulması zorunluluk arz edecektir. Ayrıca imtiyazlı paylarda

³³¹ İmtiyazların, kâr dağıtım tablosundaki yerlerine ilişkin farklı görüşler için bkz. *Karahan*, İmtiyazlı Paylar, s. 61 vd. Yazar, halka açık olmayan anonim ortaklıklar açısından, birinci kâr payının önceliğinin kabul edilmemesi gerektiği; imtiyazlı payların, birinci kâr payına imtiyazları oranında katılmalarının veya birinci kâr payına nazaran öncelikli olarak kârlarını elde etmelerinin uygun olacağı kanaatindedir.

³³² TTK'da kâr payında imtiyaza hiçbir sınırlama getirilmemiş olmasına rağmen, kârdan adi pay senetlerine kıyasen daha fazla yararlanma olanağı veren kârda imtiyazlı payların anonim ortaklığın halka açılmasını olumsuz etkilemediğinin, buna karşın kurucu intifa senetlerinin halka açılmayı engellediğinin ileri sürülemeyeceği ve hukukumuzda bir dönem Sermaye Piyasası Kurulu'nun aynı gerekçe ile halka arz öncesinde imtiyazlı payların kaldırılmasını düzenlediği, ancak yasal ve anlamlı dayanağı olmayan bu uygulamayı sonradan terk ettiği hususlarında bkz. *Teoman*, Ö.: "Yeni Ticaret Kanunu'nun Pay Senetlerini Halka Arz Eden Bir Anonim Ortaklığın Kurucu İntifa Senetlerinin İptal Edilmesini Öngören Düzenlemesi", BATİDER Haziran 2011, C. XXVII, S. 2 (İptal), s. 12.

imtiyazlılığın sürdürülebilmesi, kurucu menfaatlerinde olduğunun aksine, imtiyazlı pay sahipliğinin devamını zorunlu kılacak; imtiyazın paydan bağımsız biçimde devri de mümkün olmayacaktır.³³³ Ancak kurucuların, lehlerine imtiyazlı pay çıkarılmasını kararlaştırmaları bakımından en büyük sorun, söz konusu payların ihracının objektif olarak meşru bir gerekçeye dayanması gerekliliği noktasında kendini gösterecektir. Kurucu menfaatlerinin ortaklığa karşı gerçekleştirilen bir edimin, mali bir yararın karşılığı olmaması, kurucuları, sağlanan menfaatlerin karşı bir edimle orantılı olduğunu ispat etme yükümlülüğünden kurtarmaktadır. İmtiyazlı payların çıkarılmasında ise, yalnızca ‘kurucu’ sıfatı ile kuruluştaki yer alma yeterli olmamakta, ortaklığa maddi bir yarar sağlanmış olduğunun yanı sıra, tanınan imtiyazın, objektif ölçütlere göre, sağlanan yararın uygun karşılığını oluşturduğunun da ortaya konması gerekmektedir. Anılan gereklilik ise, kurucuların lehlerine imtiyazlı pay çıkarmalarını, kurucu menfaatleri tanımalarından daha sıkı koşullara bağlamakta; tanınan imtiyazın karşı edime uygunluğunun tatminkâr biçimde açıklanamaması olasılığında, imtiyazların geçerli bir şekilde vücuda gelememesi ya da sonradan haklılıklarının diğer pay sahipleri tarafından mahkemede ihtilaf konusu yapılması risklerini artırmaktadır.

Kurucu menfaatleri, her şeyden önce, girişimciliğin ödüllendirilmesine hizmet etmekte; böylece, sahibine sağlayabildiği haklar bakımından benzerlik, hatta kârdan pay alma hakkı bakımından ayniyet gösterdiği olağan intifa senedi ve imtiyazlı pay kurumlarından, amaç bakımından önemli bir farklılık göstermektedir. Söz konusu menfaatlerin, yalnızca kuruculara ve bizzat kurucuların şahıslarına tanınabilecek

³³³ *Heiz*, s. 373, Art. 654-655, Nr. 1.

olmasının yanı sıra, hem tür hem oran hem de kârdan yararlanma sırası bakımından kanunen sınırlandırılmış bulunması sonucunda, malvarlığının korunması ilkesini daha iyi gözeteyeceği de aşîkârdır. Kurucu menfaatleri düzenlemesinin, yakın tarihli kanun değışikliğıne rağmen TTK bünyesinde tutulması, kanun koyucunun da bu bilinçte olduğuna işaret etmektedir. Öte yandan, düzenlemenin işlerliğinin sağlanması ve kullanımının yaygınlaştırılması, ancak bunun kurucular tarafından tercih edilir hale getirilmesi ile mümkün olabilecektir. Bu bağlamda, özellikle kurucu senetlerinin halka arzdan önce, karşılığında bedel ödenmeksizin iptalini öngören TTK md. 348/2 hükmünün mevcut hali ile varlığının, ifade edilen sonucu sağlamaktan uzak olduğu belirtilmelidir.³³⁴

³³⁴ Konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. DÖRDÜNCÜ BÖLÜM, IV.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KURUCU MENFAATLERİNİN KAPSAMI

I. KURUCU MENFAATLERİNE KONU OLABİLECEK HAKLARA İLİŞKİN YASAL SINIRLAR

1. Anonim Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkelerinden, Emredici Hükümlerden ve Kurucuların Pay Sahipliği Sıfatından Kaynaklanan Sınırlar

Esas sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturan ana unsurlardan biri, anonim ortaklıklar hukukunda geçerliliği bulunan, yazılı olan veya olmayan temel hukuk ilkeleri olup, söz konusu ilkelere ters düşecek bir esas sözleşme hükmünün sevk edilmesi mümkün değildir.³³⁵ Dolayısıyla anılan ilkeler, aynı zamanda esas sözleşme aracılığıyla kuruculara tanınabilecek menfaatlerin de sınırını oluştururlar. Anonim ortaklıklar hukukunun temel ilkelerinden başlıcaları; çoğunluk ilkesi, tek borç ilkesi, sınırlı sorumluluk ilkesi, malvarlığının korunması ilkesi, haklardan sermayeye katılma oranında yararlanma ilkesi, eşit işlem ilkesi ve kamuyu aydınlatma ilkesi olarak sayılabilir.³³⁶ Adı geçen ilkelere bazıları, aynı zamanda, TTK maddelerinde emredici hükümler olarak da yer almaktadır.³³⁷ Diğerleri ise, belirli bir hükümde

³³⁵ Karasu, s. 37.

³³⁶ Poroy (Çamoğlu/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku, s. 257 – 261 Nr. 464a - 472; Üçışık, G., Çelik, A.: Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt, Ankara 2013, s. 49 – 69; Pulaşlı, Şerh C.I, s. 593 vd.; Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), AŞ C.1, s. 88 vd.

³³⁷ Örnek olarak; sınırlı sorumluluk (TTK md. 329/1), tek borç ilkesi (TTK md. 329/2) ve eşit işlem ilkesi (TTK md. 357) sayılabilir.

açıkça düzenlenmemekle birlikte, yansımalarına Kanun'un pek çok hükmünde rastlamak mümkündür.³³⁸

Anonim ortaklıklar hukuku çerçevesinde kuruculara tanınabilecek menfaatlerin bir diğer sınırını, bahsi geçen hukukun emredici hükümleri oluşturmaktadır.³³⁹ Emredici hükümlerin esas sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi, TTK ile yeni bir boyut kazanmıştır. Kanun'un "Emredici Hükümler" başlığını taşıyan 340. maddesi, esas sözleşmenin TTK'nın anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinden ancak Kanun'da buna açıkça izin verildiği hallerde sapabileceğini, diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin ise o kanunlara özgülenmiş olarak hüküm doğuracaklarını düzenlemektedir. Anılan hüküm, TTK'nın anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinin kural olarak emredici nitelikte olduğu sonucuna götürmekte ve eTTK döneminde söz konusu olan, Kanun'da açıkça yasaklanmayan her konunun esas sözleşmede öngörülebildiği düzenden ayrılmak suretiyle, esas sözleşmede ihtiyari hükümlerin sevk edilmesi hususunda kurucular ve ortaklık genel kurulunu büyük ölçüde sınırlandırmaktadır. Dolayısıyla, bir anlamda, anonim ortaklık esas sözleşmelerinde 'sözleşme özgürlüğü ilkesi'nin yerini 'emredici hükümler ilkesi'nin aldığı söylenebilecektir.³⁴⁰ Açıklanan çerçevede, esas sözleşmede kurucu menfaatlerine ilişkin olarak sevk edilecek hükmün, Kanun'da aksine bir düzenlemeye açıkça cevaz veren bir hüküm mevcut bulunmadığı sürece, ilgili bütün TTK maddeleri ile uyumlu olmasına özen gösterilmesi gerekecektir. TTK

³³⁸ Malvarlığının korunması ilkesi (TTK md. 339, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 356 vb.), haklardan sermayeye katılma oranında yararlanma ilkesi (TTK md. 507, 508 vb.), kamuyu aydınlatma ilkesi (TTK md. 339, 354, 379, 393, 437 vb.).

³³⁹ *Arslanlı*, Anonim Şirketler C.I, s. 40. Alman hukukunda *Röhrich*, s. 113, AktG § 26 Rn. 9; *Arnold*, s. 495, AktG § 26 Rn. 8; *Seibt*, s. 518, 519, AktG § 26 Rn. 8; *Pentz*, AktG § 26 Rn. 13; *Koch*, AktG § 26 Rn. 3; İsviçre hukukunda *Küchler*, s. 59.

³⁴⁰ *Karasu*, s. 45. Alman hukukunda *Vetter*, E.: Beck'sche Kurz-Kommentare (Hrsg.: *Henssler*, M., *Strohn*, L.), Band 62, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., München 2016, AktG § 23 Rn. 22.

md. 340 hükmünde öngörülen ‘Kanun’da açıkça izin verilme’ koşulunun sağlanmasının mutlaka açık bir lafzı mı gerektirdiği, yoksa ilgili hükmün yorumlanması sonucu elde edilen anlamın da mı dikkate alınabileceği hususu ise öğretide tartışmalıdır.³⁴¹ Kurucu menfaatlerini konu alan esas sözleşme düzenlemesini ilgilendirmesi muhtemel bütün TTK hükümlerini, bunların aksinin öngörülmesine olanak tanıyan başka bir Kanun hükmü bulunup bulunmadığı bağlamında incelemek çalışmanın kapsamını aşacağından, bu bölümde yalnızca kurucu menfaatlerine ilişkin en temel ilkelere ve emredici hükümlere değinilecektir.

Anonim ortaklıklar hukukunun temel ilkeleri ve emredici hükümlerle bağlantılı olarak kurucu menfaatlerine ilişkin düzenlemelerde dikkat edilmesi gereken son bir husus, tanınan menfaatin, anonim ortaklıklar hukuku tarafından pay sahiplerine yasaklanmış herhangi bir faaliyetin gerçekleştirilmesine olanak tanıyıcı nitelikte bulunmamasıdır.³⁴² Kurucu menfaatlerinin pay sahipliği sıfatına bağlı olmayıp, kurucuların bizzat şahıslarına tanındığı hususu daha önce çeşitli vesilelerle ifade edilmişti. Anılan durumun sonuçlarından biri de, kurucu menfaati sahipliğinin sürdürülebilmesi için pay sahipliği sıfatının korunmasına ihtiyaç bulunmamasıdır. Benzer şekilde, kurucunun pay sahipliği sıfatına haiz olmayı sürdürmesi, kurucu menfaatlerinden bizzat yararlanmaya devam etmesi gereğine de vücut vermez; zira yine önceden ifade edildiği üzere, kural olarak, menfaatlerin paydan bağımsız olarak

³⁴¹ Tartışmalar ve görüşler için bkz. *Karasu*, s. 48 vd; *Pulaşlı*, Şerh C. I, s. 605 – 617; *Şener*, Ortaklıklar Hukuku, s. 297- 300; *Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat)*, AŞ C.1, s. 157 – 164; *Koch*, AktG § 23 Rn. 35; *Pentz*, AktG § 23 Rn. 160, 161; *Solveen*, AktG § 23 Rn. 30.

³⁴² *Junker*, 216; *Arnold*, s. 494, AktG § 26 Rn. 9.

bir üçüncü kişiye devri mümkündür.³⁴³ Ancak bütün bunlar, kurucu menfaatlerinin ilk başta tanındığı kişilerin aynı zamanda pay sahibi sıfatını haiz oldukları gerçeğini değiştirmez. Dolayısıyla, kuruculara, pay sahipliği sıfatları nedeniyle kendilerine yasak olan bir faaliyette bulunmalarını olanaklı kılacak nitelikte bir menfaat tanınması suretiyle, kurucu menfaatlerinin, anonim ortaklıklar hukuku temel ilkeleri ve emredici hükümlerinin dolanılmasına olanak sağlayacak biçimde kötüye kullanılmamasına özen gösterilmelidir.³⁴⁴

A. Anonim Ortaklık Malvarlığının Korunması İlkesi

Öğretide, Kanun'da 'sermayenin korunması' biçiminde ifade edilen ilkenin (TTK md. 391/1.b, md. 447/1.c), 'malvarlığının korunması' olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.³⁴⁵ Gerçekten de, anonim ortaklığın alacaklılarının güvencesini yalnızca pay sahiplerince ortaklığa getirilen esas sermayenin karşılığı oluşturmamakta; ortaklığın, faaliyeti sonucunda elde ettiği kâr ile yedek akçelerinin karşılığı, alacakları, yatırım malvarlıkları vb. de yine bu anlamda alacaklılara güvence sağlamaktadır.³⁴⁶

³⁴³ *İmregün*, Anonim Ortaklıklar, s. 48; *Bahtiyar*, Anasözleşme, s. 167, 168. Alman hukukunda *Pentz*, AktG § 26 Rn. 8; *Wardenbach*, AktG § 26 Rn. 2; *Solveen*, AktG § 26 Rn. 3; *Koch*, AktG § 26 Rn. 2; *Limmer*, AktG § 26 Rn. 6.

³⁴⁴ Menfaatin pay sahibi olmayan bir üçüncü kişiye devredilmesi halinde de, menfaat kurucu pay sahibine aitken mevcut olan kanuni sınırlar varlıklarını korumaya devam edecektir: *Junker*, 216.

³⁴⁵ *Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 258 Nr. 467; *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 292; *Gürbüz Usluel*, Kâr Payı, s. 61, 62. Alman hukukunda *Junker*, s. 214; *Röhrich*, s. 113, AktG § 26 Rn. 9; *Lange*, K.W.: Beck'sche Kurz-Kommentare (Hrsg.: *Henssler*, M., *Strohn*, L.), Band 62, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., München 2016 AktG § 57 Rn. 2; *Laubert*, T.: Aktiengesetz Kommentar (Hrsg.: *Hölters*, W.), 2. Aufl., München 2014, AktG § 57 Rn. 5; *Koch*, AktG § 57 Rn. 2, 3.

³⁴⁶ *Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 241, 242 Nr. 432. Ayrıca bkz. Malvarlığının korunması ilkesinin yalnızca alacaklıları değil, (özellikle azınlık) pay sahipleri ile ortaklık dışı ilgilileri de korumaya hizmet ettiği hususunda, *Tekinalp*, Ü.: Anonim Ortaklıkta Sermayenin

TTK md. 348 hükmünde, kuruculara menfaat tanınabilmesinin ikinci (olumsuz) koşulu, söz konusu menfaatlerin para ve bedelsiz pay verilmesi gibi³⁴⁷ ortaklık sermayesinin azalmasına neden olacak türde olmaması şeklinde öngörülmüştür.³⁴⁸ Bu noktada, TTK md. 348 hükmündeki ifadenin de ‘malvarlığının korunması’ biçiminde geniş olarak mı yorumlanması gerektiği, yoksa anılan hüküm ile gerçekten de yalnızca getirilen sermayenin azalmasının engellenmesinin mi amaçlandığı hususu tartışılabilir. Kurucu menfaatleri, ortaklığa ayın sermaye getirilmesi ve kuruluşa ayın devralınması halleri ile birlikte, kuruluşu nitelikli hale getiren hallerden biri olarak sayılmaktadır. Nitelikli kuruluşun bazı fazladan güvenlik önlemlerini gerektirmesi, ayın sermaye getirilmesi ve ayın devralınması hallerinde, aylara gerçek değerlerinden yüksek bir değer biçilmesi suretiyle sermayenin görünüşte yeterli ve tam, ancak gerçekte eksik bir biçimde teşekkülü tehlikesinden ileri gelmektedir.³⁴⁹ Kurucu menfaatleri tanınması hallerinde de, benzer şekilde, görünüşte yeterli ve tam olarak getirilmiş bulunan sermayenin, menfaatler aracılığıyla geri ödenmesi olasılığı mevcuttur.³⁵⁰ Yapılan açıklamalardan, nitelikli kuruluş önlemlerinin amacının, aslen, kuruluşa sermayenin tam ve eksiksiz olarak getirilmesini sağlamak olduğu anlaşılmakta, bu da anonim ortaklığın kuruluşuna ilişkin hükümlerin hedefinin ‘sermayenin korunması’ biçiminde daha sınırlı bir

Korunması İlkesi, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul 2010, s. 1693; *Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat)*, AŞ C.1, s. 126; *Gülbüz Usluel*, Kâr Payı, s. 60, 61.

³⁴⁷ *Manavgat (Manavgat/Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 290), Kanun’un verdiği örneklerden hareketle, yerinde olarak, kuruculara aynı menfaat sağlanmasının da sınırlama kapsamında olduğunu ifade etmektedir.

³⁴⁸ Kanun’un öngördüğü bu olumsuz koşul emredici nitelikte olup, esas sözleşmede aksine bir düzenleme yapılması halinde ilgili hükümlerin geçersiz olacağı Kanun metninde açıkça ifade edilmiştir.

³⁴⁹ Aynı yönde bkz. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 143, § 15 N 7.

³⁵⁰ *Kühler*, s. 51; *Schenker*, s. 291, 292, Art. 628 Nr. 1; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 147, § 15 N 27.

çerçeve de algılanmasını olanaklı kılmaktadır.³⁵¹ Kanımızca bahsi geçen türde bir yorum, ayın sermaye getirilmesi ve kuruluşta ayın devralınması halleri için yapılabilecek olmakla birlikte, kurucu menfaatleri bakımından geçerli kabul edilmemelidir.³⁵² İlk iki halde, bilirkişilerce yapılacak adil bir değerlemeyle, ilgili ayın ve işletmelerin gerçek değerlerine uygun bir biçimde ortaklık malvarlığına girmeleri sağlanarak, sermayenin eksik oluşturulması tehlikesinin bir defada önüne geçilebilmesi mümkündür. Öte yandan kurucu menfaatleri, esas sözleşmede aksi öngörülmediği takdirde ortaklığın mevcudiyeti süresince varlıklarını korumakta;³⁵³ böylece, özellikle kârdan pay alma hakkı biçiminde belirlenmeleri halinde, dönemsel olarak ortaklık malvarlığından bir çıkışa sebebiyet vermektedirler. Kuruluş aşamasında ortaklığın henüz sermayesinden başka bir malvarlığı değerinin bulunmaması göz önüne alınarak, malvarlığının korunması ilkesinin kuruluş hükümlerinde sermayenin korunması biçiminde somutlaştığı kabul edilebilir. Bununla birlikte, ortaklık malvarlığına eksik bir girişten ziyade, ortaklığın ticaret siciline tescilinin ardından da mevcudiyetlerini korumak suretiyle malvarlığından süreklilik gösteren bir çıkışı ifade etmeleri nedeniyle, kurucu menfaatleri açısından bu yönde bir kabul kanımızca olanaklı değildir.

³⁵¹ Nitekim *Küchler* (s. 51 vd.), ilkeyi, İBK md. 628 anlamında, ‘sermayenin korunması’ ile sınırlı olarak değerlendirmektedir.

³⁵² Aynı yönde bkz. *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 292. İsviçre hukukunda *Böckli*, s. 133 Nr. 393. Alman hukukunda *Junker*, s. 214; *Röhrich*, s. 113, AktG § 26 Rn. 9: Ancak yazarlar, ilkenin kurucu menfaatleri bakımından da yalnızca sermaye ve kanuni yedek akçelere özgü olarak değerlendirilmeyip, pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı haricinde ortaklığın tüm malvarlığını kapsar biçimde ele alınmasının, kuruculara tanınabilecek mali nitelikteki menfaatlerin kapsamını oldukça daralttığının da altını çizmektedirler.

³⁵³ İlgili açıklamalar, “Kurucu Menfaatlerinin Sınırlandırılması ve Ortadan Kaldırılması” başlığı altında yer almaktadır.

B. Anonim Ortaklık Organlarının Münhasır Yetkileri

Kuruculara mali nitelikteki hakların dışında haklar tanınıp tanınamayacağı hususu tartışmalı olup, ilgili tartışma ilerleyen bölümlerde ele alınacaktır. Bununla beraber, kuruculara malvarlıksal değeri olmayan hakların tanınabileceğinin kabulü halinde dahi, pay sahiplerinin yönetime ilişkin haklarının kapsam dışı tutulması gerektiği açıktır.³⁵⁴ Anılan husus, intifa senetleri için TTK md. 503 hükmünde açıkça ifade edilmekte, söz konusu kişilere pay sahipliği hakları verilemeyeceği hükme bağlanmaktadır.³⁵⁵ Kurucu menfaatleri için bu doğrultuda açık bir hüküm sevk edilmemiş olmakla birlikte, yönetime ilişkin hakların, ortaklığa sermaye getirmenin karşılığında kazanıldığı hususu gözden uzak tutulmamalıdır.³⁵⁶ Her ne kadar kurucular da esasında ortaklığa sermaye getiren pay sahipleri olsalar da, kurucu menfaatleri, belirtilen edimin yerine getirilmesi nedeniyle tanınmamaktadır.³⁵⁷ Kurucu menfaatlerinin, esas sözleşme ya da menfaatin niteliği buna engel olmadığı sürece paydan bağımsız olarak devredilebildiği de dikkate alındığında, tanınacak menfaatin yönetime ilişkin bir hak olarak belirlenmesi, ortaklıkta pay sahibi olmayan üçüncü bir kişinin de ortaklık yönetiminde söz sahibi olması anlamına gelebilecektir ki, böyle bir kabulü desteklemek mümkün değildir. Dolayısıyla, örneğin, kuruculara yönetim kurulu üyeliği garanti edilemeyecek,³⁵⁸ bunlara yönetim kuruluna aday gösterme hakkı verilemeyecek³⁵⁹ veya ortaklık kararlarını veto hakkı

³⁵⁴ Aynı yönde bkz. *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 320.

³⁵⁵ Esas sözleşme ile intifa senedi sahiplerine genel kurula katılma ve soru sorma haklarının tanınabileceği hususunda bkz. *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 700, 701 Nr. 1215.

³⁵⁶ *Doğanay*, s. 1211.

³⁵⁷ *İmregün*, Anonim Ortaklıklar, s. 389, 390; *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 121; *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 331; *Trüeb*, s. 397, Art. 657 Nr. 5.

³⁵⁸ *Arsılanlı*, Anonim Şirketler C.I, s. 40; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 165; Alman hukukunda *Solveen*, AktG § 26 Rn 5; *Eckardt*, s. 331, 332, AktG § 26 Rn.12.

³⁵⁹ *Seibt*, s. 519, AktG § 26 Rn. 9; *Röhrich*, s. 116, 117, AktG § 26 Rn. 18.

tanınamayacaktır.³⁶⁰ Kuruculara anılan türde hakların sağlanamaması, yalnızca kurucu menfaatlerinin anonim ortaklığa sermaye getirmenin karşılığını oluşturmamasından ya da üçüncü kişilerin ortaklık yönetiminde söz sahibi olması riskinden değil, aynı zamanda bahsi geçen türde haklar tanınmasının anonim ortaklık organlarının görev dağılımlarına ilişkin emredici hükümlere (münhasır yetkilere – başta TTK md. 375 ve 408) de aykırılık teşkil etmesinden ileri gelmektedir.³⁶¹ Bu doğrultuda, kuruculara tanınabilecek malvarlığına ilişkin olmayan menfaatlerde de sınırı anonim ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerinin oluşturduğu ifade edilebilir. Bununla beraber, öğretide, pay sahiplerinin yönetim ve/veya denetime ilişkin hakları arasında yer alan bilgi alma ve defterleri inceleme haklarının, kurucu menfaatleri kapsamında tanınabileceği kabul eden yazarlar olduğunu da belirtmek gerekir.³⁶² Kanımızca, kurucu ve olağan intifa senetleri ortaklığa sermaye getirmenin karşılığı olarak elde edilmediklerinden, anılan hak sahiplerinin, anonim ortaklık payı ve KİS sahiplerinden farklı olarak, esas sözleşmede aksine bir düzenleme yer almadıkça bilgi alma ve defterleri inceleme haklarını haiz bulunmayacaklarını kabul etmek uygun olacaktır.

Kurucuların TTK md. 360 kapsamında ‘özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri’ olarak nitelendirilip nitelendirilemeyecekleri ve bu bağlamda yönetim kuruluna (bağlayıcı olarak) aday gösterme hakkını haiz olup olmadıkları hususu ilerleyen bölümlerde tartışılacaktır.

³⁶⁰ *Küchler*, s. 63.

³⁶¹ İsviçre hukukunda *Küchler*, s. 63. Alman hukukunda *Eckardt*, s. 331, 332, AktG § 26 Rn.12; *Seibt*, s. 519, AktG § 26 Rn. 9; *Röhrich*, s. 116, 117, AktG § 26 Rn. 18. TTK’daki emredici hükümlerin, özellikle ortaklık organlarının devredilemez, alınmaz ve vazgeçilmez nitelikteki görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemeleri içerdiği hususunda ayrıca bkz. *Pulaşlı*, Şerh C.I, s. 613.

³⁶² *Röhrich*, s. 116, AktG § 26 Rn. 17; *Arnold*, s. 496, 497, AktG § 26 Rn. 11; *Seibt*, s. 518, AktG §26 Rn. 7; *Pentz*, AktG § 26 Rn. 12. Aksi yönde bkz. *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 320. Ayrıca bkz. Öğretide tartışmalı olduğunu ifade etmekle birlikte, kuruculara yönetime ilişkin hiçbir hakkın tanınamayacağını belirten, *Eckardt*, s. 332, § 26 Rn. 13. Genel kurul açıkça izin vermedikçe ya da bu hususta bir yönetim kurulu kararı olmadıkça ortaklığın ticari defterlerinin incelenmesinin mümkün olmadığı hususunda bkz. *Birsel*, Senetler, s. 650.

C. Eşit İşlem İlkesi

Kurucu menfaatlerinin, aynı şartlar altında bir pay sahibinin diğer pay sahipleri gibi işleme tabi tutulmasını öngören eşit işlem ilkesine (TTK md. 357)³⁶³ aykırılık teşkil edip etmediği hususu öğretide tartışılmakta olan bir konudur. Konu hakkındaki bir görüş, kurucu menfaatlerinin esasen ilkeye aykırı bulunduğu, ancak kurala (zararsız) bir istisna teşkil ettiği yönündedir.³⁶⁴ Bir diğer görüş ise, eşit işlem ilkesinin ortaklıklar hukukunda genel bir eşitliği öngörmediği, özellikle ortaklık esas sözleşmesi aracılığı ile pay sahiplerine eşit olmayan hak ve yükümlülükler tahsis edilmesine herhangi bir engel bulunmadığı,³⁶⁵ dolayısıyla kurucu menfaatlerinin eşit işlem ilkesine bir aykırılık ve ilkenin istisnasını oluşturmadığı şeklindedir.³⁶⁶

Aktarılan değerlendirmelere ilişkin olarak, öncelikle, anonim ortaklıktaki eşit işlem ilkesinin, anonim ortaklıklar hukukundaki çoğunluk ilkesi kaynaklı olarak azınlık aleyhine doğabilecek adaletsizliklerin önüne geçmeye hizmet ettiğinin belirtilmesi gerekir.³⁶⁷ Kuruluşta kuruculara menfaat sağlanmasının, ilkenin önlemeyi hedeflediği

³⁶³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 528 Nr. 888; Yıldız, Eşit İşlem, s. 75; Erdem, E.: "Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi", İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul 2009, s. 395; Akdağ Güney, N.: "Anonim Şirketler Eşit İşlem İlkesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 3-4, 2014 (Eşit İşlem), s. 121, 122.

³⁶⁴ İsviçre hukukunda Böckli, s. 133 Nr. 391; Schenker, s. 295, Art. 628 Nr. 14. Alman hukukunda Sagasser, s. 40 vd. Öte yandan Sagasser (s. 44, 45), eşit işlem ilkesi eksenindeki tartışmanın ortaklıkla ilgili olarak tanınan (tüzel kişiliksel) ayrıcalıklar bağlamında değil, mahkemelerin, Kanun'un öngördüğü bu kapsamın ötesine geçip 'alacak hakkı niteliğinde özel menfaatler' şeklinde oluşturduğu kategoriye ilişkin olarak gündeme geldiğinin altını çizmektedir. Yazara göre, anılan kategori kapsamına giren menfaatler, Kanun'un öngördüğü 'esas sözleşmeye yazılma' kuralının dışında kalan, ortaklık ile menfaat sahibi arasında sözlü ya da yazılı olarak gerçekleştirilen sözleşmelerle sağlanan menfaatlerdir (s. 38).

³⁶⁵ Akdağ Güney, Eşit İşlem, s. 123. Aynı yönde bkz. Verse, D.A.: Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften, Tübingen 2006, s. 5,6: Ancak, hak ve yükümlülüklerin eşit olmayan biçimde tahsisinde de ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerinin dikkate alınması gerektiği unutulmamalıdır. Yazar ayrıca, ne esas sözleşme ile eşit olmayan biçimde dağıtılan hak ve yükümlülüklerin ne de ilgili esas sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi için yapılan işlemlerin haklı bir sebebin mevcudiyetine ihtiyaç gösterdiğinin altını çizmektedir (s. 207).

³⁶⁶ Junker, s. 208.

³⁶⁷ Yıldız, Eşit İşlem, s. 60, 61; Erdem, s. 394; Nomer, F.: Anonim Ortaklıklarda Eşit İşlem İlkesi, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998 (Eşit İşlem), s. 469, 470; Akdağ Güney, Eşit İşlem, s. 116.

türden hakkaniyete aykırı sonuçlara vücut verecek nitelikte olmadığı açıktır. Zira burada, hâkim ortak veya çoğunluğun, anılan pozisyonlarından yararlanarak, azınlığın ya da münferit pay sahiplerinin aleyhine olabilecek faaliyetlerde bulunmaları söz konusu değildir. Vurgulanması gereken bir diğer husus, ortaklıklar hukukundaki eşit işlem ilkesinin ‘pay sahipliği’ statüsü ile ilgili olarak gündeme geldiği ve adı geçen statünün, yalnızca, pay sahiplerinin anonim ortaklıkla, ortaklıklar hukukundan kaynaklanan ilişkilerini düzenlediğidir.³⁶⁸ Pay sahibi ile anonim ortaklık arasındaki, ortaklıklar hukuku dışında kalan ilişkiler pay sahipliği hakları kapsamında yer almadığından, pay sahibinin, pay sahipliği haklarından bağımsız olarak eşit işlem ilkesine dayanması mümkün değildir. Dolayısıyla, anonim ortaklıkla, ona karşı üçüncü kişi konumunda bulunan kurucu arasındaki ‘kurucu menfaatleri’ ilişkisinde, eşit işlem ilkesinin kural olarak herhangi bir rol oynamayacağı dahi söylenebilecektir.³⁶⁹ Bu noktada, eşit işlem ilkesinin anonim ortaklığın sözleşme özgürlüğünün sınırlarını da çizdiği ve karşı tarafın bir pay sahibi olması halinde, sözleşme yapılırken eşit işlem ilkesine uyulması gerekeceği yönündeki görüş ileri sürülebilir.³⁷⁰ Ancak, belirtilen halde dahi, kurucu menfaatlerinin kuruluştaki alınan risk ve emeğin karşılığı olmasının, diğer pay sahipleri ile ‘eşit şartlar’ altında bulunma koşulunun sağlanmasına engel olduğu ve bu nedenle, her halükârda ilkenin ihlalinden söz edilemeyeceği kanısındayız. Zira kurucu menfaati olarak pay sahipliği hakları arasında yer alan kârdan pay alma hakkının tanınmasında dahi, ilk esas sözleşme ile anılan hakkın sağlanması suretiyle, kâr payından yararlanma konusunda ilgili kurucu lehine farklı bir hukuki statü

³⁶⁸ *Nomer*, Eşit İşlem, s. 476; *Yıldız*, Eşit İşlem, s. 72.

³⁶⁹ *Nomer*, Eşit İşlem, s. 477; *Akdağ Güney*, Eşit İşlem, 121-124.

³⁷⁰ İsviçre hukukunda temsil edilen bu görüş için bkz. *Huguenin Jacobs*, C.: Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994, s. 54, 55. Görüşün eleştirisi için bkz. *Yıldız*, Eşit İşlem, s. 77, 78.

oluşturulmaktadır.³⁷¹ Ayrıca, pay sahiplerinin rıza göstermeleri halinde eşit işlem ilkesinin uygulanmamasının mümkün olduğu³⁷² ve kurucu menfaatlerinin, esas sözleşmede gösterilmek suretiyle tüm kurucuların (kurulda mevcut bulunan pay sahiplerinin) oybirliği ile tanındığı³⁷³ hususları da dikkate alındığında, kurucu menfaatlerinin tanınmasında eşit işlem ilkesine aykırılıktan söz etmek mümkün görünmemektedir.³⁷⁴

D. Pay Sahiplerinin Anonim Ortaklığa Borçlanma Yasası

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM'ün, "II. KURUCULARA TANINABİLECEK MENFAATLER" başlıklı kısmında detaylı olarak ele alınacağı üzere, kurucu menfaatleri kapsamında, anonim ortaklığın kuruculara karşı, bunların anonim ortaklığa belli ürünleri sağlamalarına veya anonim ortaklıktan belli ürünleri temin etmelerine ilişkin sözleşmeler yapma yükümlülüğü altına girmesi mümkündür. Belirtilen hallerde, anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından sonra vücuda getirilecek olan söz konusu sözleşmelerin hükümlerinin, kurucular lehine ve ortaklık malvarlığı aleyhine olarak tespit edilmesi tehlikesi mevcuttur. Burada dikkate alınması gereken, pay sahiplerinin ortaklığa borçlanma yasağını düzenleyen TTK md. 358 hükmü ve özellikle bu maddenin 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesindeki halidir. Anılan hüküm, mevcut haliyle, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçları ifa edilmediği ve ortaklığın serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını

³⁷¹ Yıldız, Eşit İşlem, s. 134.

³⁷² Yıldız, Eşit İşlem, s. 76; Erdem, s. 396, 397; Akdağ Güney, Eşit İşlem, s. 121. Kârdan pay alma hakkından feragat ilişkin olarak bkz. Erimez, R.: Şirketlerde Kâr Dağıtım, Yedek Akçeler ve Vergileme, 3. Bası, İstanbul 1985, s. 153.

³⁷³ Arslanlı, Anonim Şirketler C.I, s. 163; Waldburger, s. 270, Art. 628 Nr. 13; Schenker, s. 295, Art. 628 Nr. 14; Pentz, AktG § 26 Rn. 17.

³⁷⁴ Aynı yönde bkz. Erdem, s. 397.

karşılacak düzeyde olmadığı sürece, pay sahibinin ortaklığa borçlanmasını yasaklamaktadır. Değişiklik öncesindeki metin ise, sermaye taahhüdü haricinde ortaklığa borçlanma yasağının tek istisnasını “Meğerki, borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğmuş olsun ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsun” biçiminde ifade etmekteydi. Bahis konusu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, yasağın çok daha katı olarak belirlenmiş olduğu Kanun’un önceki halinde dahi, üçüncü kişilerle aynı veya benzer şartlara tabi tutulma koşulu ile anonim ortaklığın pay sahiplerinin işletmeleri ile hukuki işlem yapmasına izin verilmiş durumdaydı. Açıklanan çerçevede, kurucularla anonim ortaklık arasında ürün alım veya satımına ilişkin yapılacak bir sözleşme taaahhüdünün, anılan sözleşmenin kurulması aşamasında ‘üçüncü kişilerle eşit koşullarda yapılma’ şartına uyulduğu sürece, hükmün mevcut haline evleviyetle bir aykırılık teşkil etmeyeceği kanısındayız.³⁷⁵ Kurucuya karşı, kendisi ile belli bir aynın devralınmasına ilişkin sözleşme yapılması hususunda yükümlülük altına girilmesi halinde ise, ortaklığın tescilinden sonra gündeme gelecek olan, vaat edilen sözleşmenin kurulması sürecinde, kanuna karşı hile (TTK md. 356) hükümlerinin de ayrıca dikkate alınması gerekecektir.³⁷⁶

³⁷⁵ Alman hukukunda, piyasa koşullarına uygun sözleşmeler yapıldığı sürece kurucular ile ortaklık arasında bu tür sözleşmelerin kurulmasına hukuki bir engel bulunmadığı yönünde bkz. *Junker*, s. 216; *Röhrich*, s. 114, AktG § 26 Rn. 10.

³⁷⁶ *Seibt*, s. 517, 518, AktG § 26 Rn. 6.

2. TTK md. 348 Hükmünden Kaynaklanan Sınırlar

A. TTK md. 348 Hükmünün İşlevi

a. Tasfiye Payı ve Yeni Pay Alma Haklarına İlişkin TTK Düzenlemelerinin TTK md. 348 Hükmü ile Bağdaşıp Bağdaşmadığı Sorunu

Pay sahiplerinin mali nitelikteki haklarından hangilerinin kuruculara tanınabileceği ve söz konusu hakların eTTK md. 298 hükmünde (TTK md. 348) ifade edilen kârdan pay alma hakkı ile sınırlı olup olmadığı hususları eTTK döneminde tartışılmıştır.

Bahsi geçen tartışmanın kilit noktasını, kârdan pay almaya ilişkin kurucu menfaatinin intifa senetleri aracılığıyla tanınabilmesi başta olmak üzere, kurucu menfaatleri ile intifa senetleri arasındaki ilişki ve benzerlikler oluşturmaktadır. Bu bağlamda cevaplanması gereken ilk soru, kuruculara, menfaatler kapsamında, eTTK md. 403 hükmünde (TTK md. 503) olağan intifa senedi sahipleri için öngörülen tasfiye artığından pay alma ve yeni pay alma haklarının tanınıp tanınamayacağı biçiminde ortaya çıkmaktadır.

eTTK döneminde hâkim görüş, kurucular lehine sağlanabilecek menfaatlerin, eTTK 298 (TTK md. 348) hükmündeki koşullar çerçevesinde tanınacak olan kâr payı hakkının yanı sıra, eTTK md. 403 (TTK md. 503) hükmünde sayılan diğer malvarlığı haklarını da kapsadığı yönünde olmuştur.³⁷⁷ İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde de kârdan pay alma hakkıyla birlikte, genellikle tasfiye artığından pay alma hakkı da kurucu menfaati olarak sağlanabilecek mali nitelikteki haklar kapsamında

³⁷⁷ *Kendigelen*, İntifa Senetleri, s. 69; *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 319, 320; *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 127. Ancak yazar, sonraki tarihli bir başka eserinde, kurucu intifa senetlerinin yalnızca kâra katılma hakkını sağlayacağını belirtmektedir (bkz. *Teoman*, Kâr Payı, s. 90, 91).

sayılmaktadır.³⁷⁸ Yeni pay alma hakkı ise, İsviçre hukukunda kurucu menfaatlerine verilen örnekler arasında çoğunlukla yer almazken,³⁷⁹ APOK § 187/2 hükmü, genel kurulun sermaye artırımına ilişkin kararı öncesinde yeni pay alma hakkı tanınmasının ortaklığa karşı geçersiz olacağını hükme bağladığından, Alman hukukunda, anılan hakkın kurucu menfaatleri kapsamında tanınamayacağı ifade edilmektedir.³⁸⁰ Öte yandan, adı geçen ülkelerin anonim ortaklıklar hukukunda, kurucu menfaatlerinin tanınmasına ilişkin olarak, menfaatlerin içerik ve değerinin esas sözleşmede gösterilmesi gereğinin ifade edildiği İBK md. 628/3 ve APOK § 26/1 hükümleri haricinde, hakkın sağlanma sürecine başkaca sınırlamalar getiren TTK md. 348 benzeri özel bir düzenlemenin mevcut olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. İsviçre ve Alman öğretileri incelendiğinde, kurucu menfaatlerinin kapsamının sınırları bağlamında, anonim ortaklıklar hukukunun temel ilkeleri ile emredici hükümleri haricinde bir belirlemeye rastlanmamaktadır. Ayrıca, özellikle Alman hukukunda bazı yazarların, APOK § 26/1 hükmünün, kurucu menfaatlerinin geçerli olarak tanınabilmesine ilişkin bir şekil şartı öngörmekten başka bir işlevi haiz bulunmadığı doğrultusundaki saptamaları dikkati çekmektedir.³⁸¹ Kurucu menfaatlerinin olağan intifa senetleri ile ilişkisi hususunda ise, intifa senedine bağlanmaları halinde, kurucu menfaatlerinin daha geniş olan kapsamının, olağan intifa senetlerini düzenleyen hükümde sayılan haklarla sınırlanacağı³⁸² ve senede bağlanan menfaatlerin

³⁷⁸ *Böckli*, s. 133 Nr. 391; *Vischer*, Gründungsstadium, s. 71; *Kühler*, s. 60; *Röhricht*, s. 114, AktG § 26 Rn. 10; *Arnold*, s. 495, AktG § 26 Rn. 8; *Eckardt*, s. 331, AktG § 26 Rn. 11.

³⁷⁹ İstisnai olarak *Kühler* (s. 60) yeni pay alma hakkını da kurucu menfaatleri arasında saymaktadır. İsviçre hukukunda yeni pay alma hakkına ilişkin İBK düzenlemelerinin gelişimi ve bu husustaki eleştiriler için bkz. *Yıldız*, Yeni Pay Alma, s. 17, 18; *Yıldız*, Ş.: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Rüçhan Hakkı Konusunda Getirilen Değişiklikler”, MÜHF-HAD, 2012, C.18, S. 2 (Özel Sayı) (Yenilikler), s. 812, 813.

³⁸⁰ *Röhricht*, s. 116, AktG § 26 Rn. 18; *Eckardt*, s. 331, AktG § 26 Rn. 12.

³⁸¹ *Junker*, s. 207; *Seibt*, s. 516, AktG § 26 Rn. 1; *Limmer*, AktG § 26 Rn. 1; *Solveen*, AktG § 26 Rn. 5.

³⁸² *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 147, dn.20; *Ernst*, s. 142.

devirlerinde, bağlandıkları tür kıymetli evrakın devir usullerinin izleneceğinin ötesinde bir değerlendirme yapılmamaktadır.³⁸³

Pay sahiplerinin kâr ve tasfiye paylarına ilişkin TTK md. 507 hükmünün lafzı, kuruculara tasfiye artığından da pay verilebileceği savını destekler niteliktedir. Hükmün birinci fıkrası, ortaklığın sona ermesi halinde her pay sahibinin, esas sözleşmede sona eren ortaklığın malvarlığının kullanılmasına ilişkin başka bir hüküm bulunmadığı takdirde, tasfiye sonucunda kalan tutara payı oranında katılacağını düzenlemektedir. Söz konusu ifadeden, tasfiye payının pay sahipleri arasında mutlaka payları oranında dağıtılmasının zorunlu olmadığı yanı sıra, tasfiyeden arta kalan tutarın mutlaka pay sahipleri arasında paylaşılmasının gerekmediği, esas sözleşme ile farklı düzenlemeler getirilebileceği, bu bağlamda, pay sahiplerinin haklarının farklı hak sahipleri lehine sınırlanabileceği, hatta kaldırılabilceği anlamları çıkmaktadır.³⁸⁴ Benzer şekilde, anonim ortaklığın tasfiyesine ilişkin hükümler arasında yer alan TTK md. 543 hükmünde de, esas sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, kalan miktarın, ödedikleri sermayeler ve imtiyaz hakları oranında pay sahipleri arasında dağıtılacağı hükme bağlanmaktadır. Tasfiye payının üçüncü kişilere de verilebileceği yönünde dolaylı çıkarımlara olanak sağlayan bahsi geçen hükümlerin yanı sıra, TTK md. 507/2 hükmünde açıkça, esas sözleşmede

³⁸³ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 147, § 15 N 26; *Arnold*, s. 498, AktG § 26 Rn. 16. Ancak İsviçre hukukunda *Vischer* (Gründungsstadium, s. 71), özel menfaatlerin, imtiyazlı paylar vb. aksine ortaklıklar hukukundan kaynaklanan (tüzel kişiliksel) haklar olmadıklarını belirtirken, menfaatlerin intifa senedine bağlanmaları halinde bu durumun değişeceğini vurgulamak suretiyle, intifa senedine bağlanan ve bağlanmayan özel menfaatler arasında, bunların hukuki sebebine ilişkin ikili bir ayrıma gitmektedir.

³⁸⁴ Türk hukukunda pay sahibinin tasfiye payı hakkında tamamen yoksun bırakılarak tasfiye artığının üçüncü kişilere tahsisinin mümkün olduğu, ancak bunun yalnızca ilk esas sözleşme ile yapılabileceği, esas sözleşme değişikliği ile bahsi geçen sonucun sağlanması için tüm pay sahiplerinin oy birliğine ihtiyaç olduğu yönünde görüş birliği bulunduğu hususunda bkz. *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, s. 532, Nr. 924.

payların bazı türlerine tanınan imtiyaz hakları ile özel menfaatler saklı tutulmuştur.³⁸⁵

Anılan düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde, kuruculara tasfiye artığından pay verilebilmesine bir engel bulunmadığı sonucuna varılabilecektir. Öte yandan, kuruculara böyle bir menfaatin tanınacağı kabul edilse dahi, vaat edilen tasfiye payının, ancak ortaklık alacaklılarının alacakları karşılandıktan ve pay sahiplerine pay bedelleri geri verildikten sonra arta kalan malvarlığı unsurları olması halinde ödenebileceği açıktır (TTK md. 543/1). Bununla birlikte, takip eden başlık altında yeniden ele alınacağı üzere, TTK md. 348 hükmünün özel hüküm niteliği ve kuruculara intifa senedi aracılığıyla tanınacak haklar arasında tasfiye artığından pay verilmesine değinmemesi, kanımızca ilgili hakkın kuruculara tanınabilecek mali nitelikteki haklar arasında değerlendirilmesine engeldir.

Yeni pay alma, Kanun'daki ifadesi ile 'rüçhan hakkı'na ilişkin TTK md. 461 hükmü, Kanun'da konuyu ilgilendiren başkaca hükümlerin de bulunması nedeniyle yoruma muhtaç görünmektedir. Maddeye göre, yeni pay alma hakkı için de esas kural, her pay sahibinin yeni çıkarılan payları mevcut paylarının sermayeye oranına göre elde etmesidir. Hükmün ikinci fıkrası ise, hakkın sınırlandırılması ve kaldırılmasına ilişkin kurallar getirmekte, pay sahibinin yeni pay alma hakkının, genel kurulun sermaye artırımı kararı ile ancak haklı sebepler bulunduğu takdirde ve en az sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile sınırlandırılıp kaldırılabileceğini hükme bağlamaktadır. Böylece pay sahiplerinin yeni pay alma haklarının genel kurul kararı ile sınırlandırılması veya kaldırılması istendiği takdirde sağlanması gereken koşullar açıkça ifade edilmekle birlikte, esas sözleşme ile aynı sonuca ulaşılmak istenmesi

³⁸⁵ İBK md. 660/2 hükmünde ise yalnızca belirli grup paylar için öngörülen imtiyazların saklı tutulduğu belirtilmektedir.

halinde bunun mümkün olup olmadığına ilişkin olarak hükümde bir açıklık bulunmamaktadır.³⁸⁶ Öte yandan madde gerekçesinde, ikinci fıkrayla, eTTK'dan farklı olarak pay sahibinin yeni pay alma hakkının esas sözleşme ile sınırlandırılmayacağı ve kaldırılmayacağının düzenlendiği ifade edilmektedir. TTK md. 461 hükmünün genel kurul kararıyla sınırlandırma hususunda getirdiği koşullar haricinde bu maddeden farklı bir ifade içermeyen eTTK md. 394 hükmüne ilişkin olarak, yeni pay alma hakkının müktesep hak niteliğini haiz olmaması³⁸⁷ ekseninde yapılan değerlendirmeler ise, aksine, söz konusu hakkın esas sözleşme ile de sınırlandırılıp kaldırılabilmesi sonucuna götürmektedir.³⁸⁸ Nitekim esas sözleşmede hüküm bulunmak suretiyle bazı paylara yeni pay alma hakkında imtiyaz tanınabileceğini öngören TTK md. 478 (eTTK md. 401) ile yine esas sözleşmede hükmün varlığı halinde olağan intifa senedi sahiplerine yeni pay alma hakkı tanınabileceğine ilişkin TTK md. 502, 503 (eTTK md. 401, 402) hükümleri de varılan sonucu doğrular niteliktedir.³⁸⁹ Ancak bu noktada, esas sözleşme ile tanınan yeni pay alma hakkının, münhasıran 'ortaklığın yararı' amacına yönelik olması gereğinin de anılması gerekir.³⁹⁰ Kurucu menfaatleri, olağan intifa senetlerinin

³⁸⁶ Limited ortaklıklarda yeni pay alma hakkına ilişkin olarak ise gerek eTTK md. 516, gerekse TTK md. 591 hükümlerinde, bahsi geçen hakkın şirket sözleşmesi ile kaldırılabilmesi açıkça ifade edilmiştir.

³⁸⁷ Bkz. *Yıldız*, Yeni Pay Alma, s. 77; *Moroğlu*, E.: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 3. Bası, İstanbul 2015 (Sermaye Artırımı), s. 143; *Ayoğlu*, T.: "Yeni Pay Alma Hakkının Sınırlandırılması ve Kaldırılması", İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul 2009, s. 660, 661.

³⁸⁸ *Ansary*, s. 219; *Tekil*, s. 350; *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 248; *Aytaç*, Z.: "Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara 1985 (Rüçhan Hakkı), s. 303 vd. Aksi yönde bkz. *Akınel*, T.: "Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 5, 1969, s. 269. TTK dönemi için aksi yönde bkz. *Şener*, Ortaklıklar Hukuku, s. 554, 555.

³⁸⁹ *Aytaç*, Rüçhan Hakkı, s. 306, 310 dn. 24; *Yıldız*, Yeni Pay Alma, s. 181 vd.; *Moroğlu*, Sermaye Artırımı, s. 161, 162; *Kendigelen*, İlk Tespitler, s. 366. Gerekçenin kaleme alınmasında Kanun'daki bu hükümlerin gözden kaçırılmış olduğu hususundaki eleştiriler için bkz. *Yıldız*, Yenilikler, s. 812 – 814; *Moroğlu*, Sermaye Artırımı, s. 145, 162.

³⁹⁰ *Yıldız*, Yeni Pay Alma, s. 84; *Göksoy*, Y.C.: "Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, s. 390.

aksine, ortaklığa karşı gerçekleştirilen bir edimin veya sağlanan bir mali bir faydanın karşılığı olmadığından, menfaatler kapsamında kuruculara yeni pay alma hakkı sağlanmasını, ‘ortaklığın yararı’na yönelik olarak yapılan bir düzenleme şeklinde değerlendirmek mümkün görünmemektedir. Ayrıca, TTK md. 461 hükmünün bu hususta yetersiz olan lafzına rağmen, kanun koyucunun, pay sahiplerinin yeni pay alma hakkının esas sözleşme ile sınırlandırılmaması ve kaldırılamamasını amaçladığı göz önüne alındığında, kurala istisna kabul edilebilecek hallerin kapsamını, bunu açıkça öngörmeyen bir başka hükümle daha da genişletmek uygun olmayacaktır.³⁹¹ Bu bağlamda, kurucu menfaatlerinin özel düzenlemesi olan TTK md. 348 hükmünde yeni pay alma hakkı tanınabileceğine ilişkin bir ifadenin yer almaması ve TTK md. 502, 503 hükümlerinin kurucu menfaatlerine uygulanabilecek genel hükümler olmadığı yönündeki görüşümüz çerçevesinde, bahis konusu hakkın menfaatler kapsamında kuruculara tanınamayacağı sonucuna ulaşmaktayız.

Yukarıda anılan hükümlerin yol gösterici niteliğine rağmen, Türk anonim ortaklıklar hukukunda kurucu menfaatleri için özel olarak sevk edilmiş bulunan TTK md. 348 hükmü ayrıntılı biçimde incelenmeksizin konuya ilişkin bir yargıya varılması doğru olmayacaktır. Dolayısıyla, TTK’nın yürürlüğe girmesi ile hükmün bizzat kendi bünyesinde ve TTK md. 502 ile 503 (eTTK md. 402, 403) hükümleriyle ilişkisinde meydana gelen değişikliklerin üzerinde durulması ve buradan hareketle kurucu menfaatlerinin varoluş gerekçe ve amaçlarının belirlenmesi gerekmektedir.

³⁹¹ Aynı yönde bkz. *Saraç*, T.: *Şirketler Hukuku* (Ed.: *Karahan*, S.), 2. Bası, Konya 2013, s. 584, 585; *Göksoy*, s. 388, 389; *Adıgüzel*, B.: “Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlandırılması ve Kaldırılması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 1, 2014, s. 31.

b. Kurucu Menfaatleri (TTK md. 348) ile Olağan İntifa Senetleri (TTK md. 502, 503) Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi

Anonim ortaklığın malvarlığının korunması ilkesini kurucu menfaatleri özelinde somutlaştıran TTK md. 348 hükmü, kuruculara, malvarlığının azaltılması sonucunu ortaya çıkaracak bir menfaat tanınamayacağını belirtmesinin ardından, kârdan pay alma hakkının hangi kapsamda sağlanabileceğine ilişkin belirlemeler yapmaktadır. Bununla beraber, ne eTTK md. 298, ne de TTK md. 348 hükmü, kâra katılmanın yanı sıra tasfiye artığından pay alma ve yeni pay alma haklarının da olağan intifa senedi sahiplerine tanınabileceğini öngören eTTK 403 ve TTK 503 maddelerine atıf yapmaktadır.³⁹²

eTTK döneminde kurucu menfaatlerinin bağlanabileceği senedin bir intifa senedi olacağını açıkça ifade etmeyen 298. madde ile olağan intifa senetlerine ilişkin 402 ve 403. madde hükümleri arası bir bağlantı kurulması, ancak 402. maddede kurucuların da intifa senedi verilebilecek kişiler arasında sayılmaları ve anılan kişiler lehine intifa senetlerinin yalnızca ilgili belirlemenin ilk esas sözleşmede yapılması halinde çıkarılabileceğine ilişkin kuralın mevcudiyeti sayesinde mümkün olmaktaydı. Bununla beraber, 298. maddenin kuruluş hükümleri arasında yer almasına karşılık, olağan intifa senetlerine ilişkin düzenlemenin “Hisse Senetleri” başlığı altında bulunması, iki hüküm arasında kopukluk yaratmaktaydı. Olağan intifa senetlerinin hangi türde çıkarılabileceğine ilişkin Kanun’da bir netlik bulunmamasına rağmen, 298. maddede açıkça kurucu senetlerinin nama yazılı olma zorunluluğundan

³⁹² TTK md. 503 (eTTK md. 403) hükmünün TTK md. 348 (eTTK md. 298) hükmüne oranla genel bir hüküm niteliğini taşımasından hareketle, kurucu intifa senetleri bağlamında da tasfiye artığından pay alma ve yeni pay alma haklarının tanınabileceği hususunda bkz. *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 319, 320; *Teoman*, İntifa Senetleri s. 127; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 166, 167.

bahsedilmesi de, kurucu menfaatlerinin bağlanabileceği senetler ile olağan intifa senetleri arasındaki ilişkiyi zayıflatmaktaydı. Öğretide, kurucu senetlerinin hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler ortaya konulmuş olmakla birlikte,³⁹³ nihayetinde bu senetlerin bir intifa senedi olduğu hususunda öğretide birlik sağlanmış; kurucu intifa senetlerinin, olağan intifa senetlerinin bir alt türü olduğu sonucuna varılmıştır.³⁹⁴

TTK'da, kurucu menfaatlerinin intifa senetleri aracılığıyla tanınabileceği açıkça ifade edilmiş, hatta kurucu intifa senetlerinin nama yazılı olmaları koşulu (eTTK md. 298, son cümle) da kaldırılarak, adı geçen senetlerin olağan intifa senetleri ile uyumlu bir biçimde, emre veya hamiline yazılı olarak çıkarılabilecekleri öngörülmüştür.³⁹⁵ Öte yandan, kurucu menfaatlerinin kuruluş hükümleri arasındaki yeri muhafaza edilerek, “Menkul Kıymetler” başlığı altında ayrı bir ayırımda yer alan intifa senetlerinden bağımsız düzenlemesinin sürdürülmesini, kurumlar arasındaki farkların vurgulanması isteğine bağlamak mümkündür. Kanun koyucu, eTTK döneminde, intifa senetlerinin “Hisse Senetleri” başlığı altında düzenlemesine yönelik öğretide yapılan eleştirileri dikkate alarak bu hatayı düzeltmiş, “Menkul Kıymetler” başlığı

³⁹³ ‘İntifa senetleri’ ile ‘intifa pay (hisse) senetleri’ kurumlarının ayrıştırılması gerekir. TTK md. 502, 503 hükümlerinde düzenlenen intifa senetleri, adı geçen maddelerde de ifade edildiği üzere, sahiplerine anonim ortaklığın yönetimine ilişkin haklar bahsetmemekte, yalnızca sınırlı sayıya tabi olan üç adet mali nitelikteki pay sahipliği hakkının senet sahiplerine sağlanabilmesine olanak tanımaktadır. Buna karşın, intifa pay (hisse) senetleri, ödedikleri sermaye kendilerine iade edilen pay sahiplerine verilebilen, itibari değeri bulunmayan paylardır. ‘Pay’ olmalarından dolayı, bunlar, tüm pay sahipliği haklarını ve özellikle genel kurula katılma ve oy kullanma gibi yönetsel nitelikteki hakları sahiplerine tanır; ancak pay bedelleri daha önce itfa yoluyla kendilerine ödenmiş bulunduğundan, ortaklığın tasfiyesi sonucunda tasfiye payı almaları söz konusu olmaz. Böyle bir pay türünün Türk Hukukunda tanınmasının mümkün olup olmadığına ilişkin tartışma ve eTTK md. 402 (TTK md. 502) bağlamında, ‘pay bedelinin geri verilmesi’ (amortisman) ile ‘payın itfası’ (yok edilmesi) kavramları arasındaki farklar için bkz. *Birsel*, Senetler, s. 655 – 660; *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 135 vd.

³⁹⁴ *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 477; *Doğanay*, s. 1209; *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 125; *Tekil*, s. 449.

³⁹⁵ *Kendigelen* (İntifa Senetleri, s. 66, 67), TTK md. 502/2 hükmünün kesin ifadesi karşısında, intifa senetlerinin artık nama yazılı olarak çıkarılmasının mümkün olmadığı sonucuna varılabileceğini belirtmektedir.

altında intifa senetleri için yeni bir ayırım oluşturma yoluna gitmiştir. Buna karşın, kuruculara da kâr payının yanı sıra tasfiye artığından pay ve yeni pay alma haklarının tanınabileceği görüşünde olan yazarların, kurucu menfaatlerini ve intifa senetlerini düzenleyen hükümlerin Kanun'un farklı bölümlerinde yer aldığı hususundaki eleştirileri³⁹⁶ dikkate alınmayarak eski düzenin korunmuş olması, kanımızca, kuruculara tanınacak mali nitelikteki menfaatin TTK md. 348 hükmünde ifadesini bulan kârdan pay alma hakkı ile sınırlı olduğuna işaret etmektedir. eTTK döneminde, md. 298 hükmünün, kuruculara kâr payından tanınacak olan menfaatin sınırını göstermek ve ortaklık malvarlığının azalmasına neden olacak başkaca bir çıkar sağlanmasına engel olmak için sevk edilmiş bulunduğu; maddenin, kurucu menfaatleri kapsamında yalnızca söz konusu hakkın öngörüldüğü biçiminde değerlendirilmesinin mümkün olmadığı görüşü ileri sürülmüştür.³⁹⁷ Anılan dönemde haklı bir tez olarak değerlendirilebilecek olan, bahsi geçen bakış açısının desteklenebilirliği, TTK md. 502 hükmünde md. 348 hükmüne yapılan atıf sonucunda aynı sınırlamaların olağan intifa senetleri için de getirilmiş olması karşısında büyük ölçüde azalmış görünmektedir.

TTK md. 348 ile 502 arasında bir sınır çizerek, 348. maddenin özel bir hüküm olması nedeniyle 502. maddeye nazaran öncelikli olarak dikkate alınması gereğine işaret eden hususlardan bir diğeri ve kanımızca en önemlisi, kurucu menfaatleri ile olağan intifa senetlerinin tanınma gerekçe ve amaçları arasındaki farklardır. TTK md. 502, lehine intifa senedi çıkarılabilecek kişileri, 'bedeli kanuna uygun olarak yok edilen payların sahipleri', 'alacaklılar' ve 'bunlara benzer bir sebeple ortaklıkla ilgili

³⁹⁶ Bkz. *Birsel*, Senetler, s. 654, dn. 5; *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 319, dn. 3. *Kendigelen* (İntifa Senetleri, s. 58) de aynı düzenin 6102 s. TTK Taslağı'nda da korunmuş olmasını eleştirmektedir.

³⁹⁷ *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 481.

olanlar' biçiminde saymaktadır. Hükümde intifa senetlerinin muhtemel muhatapları olarak örneklenen 'bedeli kanuna uygun olarak yok edilen payların sahipleri' ile 'alacaklılar'ın, ortaklığın menfaatine olarak gerçekleştirilen bir işlemde zarar görebilme bağlamında bir ortak noktaları mevcuttur. Bu doğrultuda, 'benzer sebeple ortaklıkla ilgili olanlar'ın da, yine, ortaklığın menfaati için gerçekleştiren bir işlem kaynaklı kayıpları olması muhtemel kişiler şeklinde değerlendirilmesi mümkündür. Anılan çerçevede, TTK'nın olağan intifa senetlerini, lehine tanındığı kişileri, karşılığında bir menfaat elde etmeksizin ödüllendirmekten ziyade, anonim ortaklığın aldığı bir karar ya da gerçekleştirdiği bir işlem sonrasında söz konusu kişilerin karşı karşıya kalabilecekleri muhtemel kayıpları denkleştirmek amaçlı bir araç olarak öngördüğü sonucuna varılabilir. Nitekim İsviçre öğretisinde, özellikle 'bedeli kanuna uygun olarak yok edilen payların sahipleri' ve 'alacaklılar' biçiminde verilen iki örneğin, intifa senetlerinin temel amacının, anonim ortaklığın durumunun iyileştirilmesi gayesiyle gerçekleştirilen bir yapı değişikliği sürecinde, haklarından feragat eden pay sahiplerinin ve/veya taleplerinin bir kısmı ya da tümünden vazgeçen alacaklıların, bahsi geçen fedakârlıkları karşılığında, ortaklık yeniden iyi duruma gelir ve kazanç elde ederse bundan faydalanmalarına olanak sağlamak olduğuna işaret ettiği belirtilmektedir.³⁹⁸ Yine –İsviçre hukukunda verilen örnekler arasında ayrıca yerini bulan- 'pay sahipleri'ne ilişkin olarak da akla gelecek ilk olasılığın, ortaklığın bir iyileştirme sürecine girmesi dolayısıyla pozisyonlarından kısmen veya tamamen feragat eden pay sahiplerinin gelecekteki muhtemel bir iyileşmeden, buna katılmak suretiyle yarar elde etmeleri olduğu vurgulanmaktadır.³⁹⁹ Anılan tespitlerin, intifa senetlerinin tek kullanım amacının fedakârlıkların denkleştirilmesi olarak

³⁹⁸ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 623, § 47 N 22; Trüeb, s. 398, Art. 657-658 Nr. 10.

³⁹⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 623, 624 § 47 N 23.

anlaşılmasına neden olmaması gerektiğinin altı çizilmekle birlikte, fedakârlığın denkleştirilmesine hizmet etmedikleri hallerde dahi intifa senetlerinin, ortaklığa sağlanan bir yararın, ortaklığa sunulan özel bir hizmetin karşılığı olmasının zorunlu bir koşul teşkil ettiği ifade edilmektedir.⁴⁰⁰ Kanımızca, intifa senetleri ile kurucu menfaatleri arasındaki sınırı çizen ölçüt de bu noktada karşımıza çıkmaktadır.

Kurucu menfaatlerini ortaklıklar hukukundaki benzer düzenlemelerden ayıran başlıca özellik, bunların anonim ortaklığa karşı gerçekleştirilen maddi nitelikte bir edimin, sağlanan bir menfaatin karşılığı olmamaları,⁴⁰¹ aksine, lehine tanındıkları kişilere ayrıcalık sağlamalarıdır.⁴⁰² Kurulusta harcanan emekler ise, intifa senetlerinin çıkarılmasına ön koşul olan, ‘ortaklığa belirli bir menfaat sağlamış bulunmak’ anlamında, ona karşı gerçekleştirilen bir edim teşkil etmez.⁴⁰³

TTK md. 502, eTTK md. 402 hükmünden farklı olarak, lehine intifa senedi çıkarılabilecekler arasında açıkça kuruculardan söz etmemektedir. Kanımızca bu tercih, TTK md. 348 uyarınca tanınan kurucu menfaatlerinin senede bağlanması

⁴⁰⁰ Trüeb, s. 398, Art. 657 Nr. 13; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 624, § 47 N. 29; Hess/Rampini/Spillmann, s. 501, 502, Nr. 2; Burkhalter, s. 1386, Art. 657 Rn. 3. Türk hukukunda aynı yönde, Teoman, İntifa Senetleri, s. 176, 177; Yıldız, Yeni Pay Alma, s. 84; Gürbüz Usluel, Kâr Payı, s. 136.

Bu yararlar, ortaklığa uygun koşullarda kredi sağlama, kefalet verme, risk taşıyan bir emisyonun gerçekleştirilmesine yardım edilmesi vb. ile örneklendirilmektedir: Ernst, s. 59; Teoman, İntifa Senetleri, s. 22.

Tekinalp (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 710 Nr. 1240) intifa senedi çıkarılması sebeplerine örnek olarak, ortaklık için değerli, hatta hayati önemde bir patentin ortaklığa bırakılması, belli süre ortaklığa hizmeti dokunmuş yöneticilere veya işçilere mükafat verilmesi hallerini saymaktadır. Öte yandan yazarın, ortaklık alacaklıları ve benzeri sebeplerle ortaklıkla ilgili olanlar lehine verilen intifa senetlerinin, anılan kişilerin ortaklık ile iyi ilişkilerinin devamında yarar görülmesi düşüncesinin ürünü olduğu ve yine intifa senetleri aracılığıyla pay sahibi olmayan akrabaların da tatmin edilebileceği görüşlerine katılma imkanı bulamamaktayız.

⁴⁰¹ İsviçre hukukunda Vischer, Gründungsstadium, s. 70; Küchler, s. 58. Alman hukukunda Röhricht, s. 112, AktG § 26 Rn. 3; Arnold, s. 494, AktG § 26 Rn. 5; Seibt, s. 517, AktG § 26 Rn. 5; Wardenbach, AktG § 26 Rn. 2; Solveen, AktG § 26 Rn. 3.

⁴⁰² Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 147, § 15 N 26; Röhricht, s. 112, AktG § 26 Rn. 4.

⁴⁰³ Röhricht, s. 112, AktG § 26 Rn. 4; Sagasser, s. 105.

Bu halde dahi, kurucu intifa senetlerinin, katlandıkları zahmetlere karşı kuruculara verilen bir ‘denkleştirme aracı’ olduğu görüşü için bkz. Teoman, İntifa Senetleri, s. 19; Trüeb, s. 398, Art. 657 Nr. 12.

sonucu ortaya çıkan ‘kurucu intifa senetleri’ ile ‘kuruluştaki çıkarılan intifa senetleri’ kavramları arasında çizilmesi gereken sınıra vurgu yapması açısından önem taşımaktadır. Zira anonim ortaklığın kuruluşu aşamasında çıkarılan her intifa senedinin ‘kurucu intifa senedi’ olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. İntifa senetlerini çıkarıldıkları zamana göre bir sınıflandırmaya tabi tutarak, ‘kuruluştaki çıkarılan intifa senetleri’ ve ‘kurulustan sonra çıkarılan intifa senetleri’ şeklinde bir ayırım yapılabilir. ‘Kuruluştaki çıkarılan intifa senetleri’ kapsamında, ‘kurucular yararına çıkarılan intifa senetleri’, ‘ayni sermaye getiren pay sahipleri yararına çıkarılan intifa senetleri’ ve ‘üçüncü kişilerin geniş anlamdaki hizmet edimlerine karşılık çıkarılan intifa senetleri’ sayılabilir.⁴⁰⁴ TTK md. 348 uyarınca kuruculara sağlanan menfaatlerin senede bağlanması ile ortaya çıkan kurucu intifa senetleri, kurucuların ortaklığın kuruluşu sırasında harcadıkları emeğin karşılığı olup, yukarıdaki ayırım içerisinde ‘kurucular yararına çıkarılan intifa senetleri’ kapsamına girmektedir. Kuruluş esnasında ortaklığa ayni sermaye taahhüt eden pay sahibi de kanun gereği kurucu sıfatını haizdir (TTK md. 337/1); ancak kendisine intifa senedi verilmesinin sebebi, genel anlamda ortaklığın kuruluşunda emek sarf etmesinden ziyade, ortaklığa ayni sermaye getirmesi ve söz konusu ayni sermayenin değerlemesinde ortaya çıkabilecek muhtemel eksikliklerin bu yolla giderilmesinin arzu edilmesidir.⁴⁰⁵ Dolayısıyla, ilgili pay sahibi lehine çıkarılan intifa senedi, kurucu menfaatinin senede bağlanması sonucu oluşacak kurucu intifa senedi (TTK md. 348) değil, olağan intifa senedi (TTK md. 502) olacaktır.⁴⁰⁶ Aynı sonuç, kuruluştaki

⁴⁰⁴ Teoman, İntifa Senetleri, s. 18- 22. Aynı ayırım için ayrıca bkz. Ernst, s. 57-59.

⁴⁰⁵ Teoman, İntifa Senetleri, s. 21; Ernst, s. 58, 59.

⁴⁰⁶ Bu açıklamalarımız ışığında, Moroğlu (Kurucu İntifa Hakkı, s. 331) ile Teoman’ın (Kâr Payı, s. 97), kurucu intifa haklarının sadece anonim ortaklığın kuruluşundaki emek ve hizmetler için değil, kurucuların ortaklığa getirdikleri nitelikli taşınır ve taşınmaz mallar ile patent, lisans, know-how gibi

hizmetlerine karşılık üçüncü kişiler lehine çıkarılan intifa senetleri için de geçerlidir. TTK md. 348 çerçevesinde kurucu menfaati sağlanabilecek kişiler arasında üçüncü kişileri saymak mümkün olmadığından, anılan kişiler her halde kurucu menfaatleri düzenlemesinin kapsamı dışında kalmakta, lehlerine çıkarılan intifa senetlerinin de TTK md. 502 anlamındaki olağan intifa senetleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴⁰⁷

Kurucu menfaatleri, gerek Kanun'da düzenlendiği yer, gerek tanınma gerekçe ve amaçları, gerekse lehine tanınabildiği kişiler bakımından TTK md. 502, 503 hükümlerinde düzenlenen olağan intifa senetlerinden farklılıklar göstermektedir. Kuruculara kârdan pay alma biçiminde tanınacak bir menfaatin intifa senedine bağlanabilecek olması, kurucu menfaatleri ile intifa senetlerinin özdeş kavramlar olduğu sonucuna götürmez. Kuruculara, kuruluş aşamasında, kuruluş sürecinin bir parçası olmaları nedeniyle intifa senetleri bağlamında kârdan pay alma hakkı tanındığında, TTK md. 348 anlamında bir kurucu menfaatinden söz edilecektir. Öte yandan, kuruluşta ya da kuruluştan sonraki bir aşamada ortaklığa sağladığı hizmetler karşılığında bir üçüncü kişiye ya da kuruluşta verdiği emekler gerekçesiyle değil de, ortaklığa aynı sermaye getirmesinde değerlemede ortaya çıkabilecek haksızlıkların önünü almak gibi bir nedenle pay sahibine intifa senedi verilmesi hallerinde ise artık kurucu menfaatinden değil olağan intifa senedinden bahsedilmesi gerekecektir. Zira anılan haller, TTK md. 348 hükmünde öngörülen koşulları sağlamamaktadır.

kuruluşta gerçek ekonomik değeri yeterince takdir edilemeyen, ortaklığın kârını uzun süre etkileyecek türden sermaye için de ihdas edildiği görüşüne katılma imkânı bulamadığımızı belirtmek isteriz.

⁴⁰⁷ Aynı yönde bkz. *Teoman*, Kâr Payı, s. 92; *Ülgen*, s. 119.

TTK md. 348, kurucu menfaatlerine özgülenmiş, ona ilişkin sınırlar çizen özel bir hükümdür. Hükümde, TTK md. 502, 503 hükümlerine herhangi bir atıf bulunmadığı halde, kurucu menfaatlerini olağan intifa senetleri ile bir kabul ederek, kurucu menfaatlerin tanımı ve sınırlarının belirlenmesinde TTK md. 348 hükmünde öngörülen koşulların dışına çıkan bir yorum yapmak ve bu bağlamda, kurucu menfaatleri (kurucu intifa senetleri) çerçevesinde kuruculara tasfiye artığından pay veya yeni pay alma haklarının da tanınabileceğini öne sürmek, yukarıdaki açıklamalar ışığında mümkün görünmemektedir.⁴⁰⁸ Bununla birlikte, özellikle tasfiye payına ilişkin diğer TTK hükümlerinin aksi yönde bir yorumun önünü açar nitelikte olduğu bir gerçektir. Ancak kanun koyucunun böyle bir öngörüsü olması halinde, TTK md. 348 çerçevesinde intifa senetleri bağlamında tanınacak kâr payı hakkından bahsederken, söz konusu hakkı da açıkça ifade etmesi beklenirdi.⁴⁰⁹ Bunun yanı sıra, kurucu menfaatlerinin kurucuları teşvik etmek amacı dikkate alındığında da,⁴¹⁰ kuruculara tasfiye artığından pay alma hakkı tanınmasının, kurucu menfaatleri düzenlemesinin var oluş amacına uygun düşmeyeceği anlaşılmaktadır. Zira adı geçen hak, anonim ortaklığın devamı süresince ileri sürülememekte ve özellikle kurumlaşmış, çok pay sahipli, büyük anonim ortaklıklarda tasfiye düşünülemeyecek kadar uzak bir ihtimal olduğu için, yalnızca teorik bir anlam taşımaktadır.⁴¹¹

Dolayısıyla, kâr ve tasfiye payına ilişkin TTK md. 507 hükmünün ikinci fıkrasında

⁴⁰⁸ Aynı yönde bkz. *Domanıç*, Şerh II, s. 1069: “Kurucu senetleri, ... sahiplerine TK. 298 (TTK md. 348) sınırları içinde kârâ iştirak hakkı sağlayan, başka bir hak vermeyen kurucu haklarını temsilen düzenlenen ... bedelsiz, kıymetli evrak vasfında senetlerdir.”; *Arsanlı*, H.: “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 23, S. 3-4, 1958 (Pay Sahipliği), s. 252; *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 291; *Gülbüz Usluel*, Kâr Payı, s. 124. Dolaylı olarak aynı doğrultuda, *Bilgin*, Y.: Anonim Ortaklıklarda Kâr Dağıtımı ve Kârâ Katılan Kişiler, Ankara 1982, s. 139. Aksi yönde bkz. *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 481, 482; *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 320; *Teoman*, İntifa Senetleri s. 127; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 166, 167.

⁴⁰⁹ Zira tasfiye payı hakkı, kâr payı alma hakkının ortaklığın sonra ermesi üzerine ortaya çıkan bir görünümü değildir: *Bozgeyik*, s. 647.

⁴¹⁰ TTK md. 348 gerekçesi.

⁴¹¹ *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 552 Nr. 923.

yer alan, ‘özel menfaatler’in saklı tutulduğuna ilişkin ifadenin, kâr payı hakkı ile sınırlı olarak anlaşılması kanımızca daha yerinde olacaktır.

B. Kâr Payına İlişkin Olarak Öngörülen Sınırlar

TTK md. 348 hükmünde, kurucu menfaatinin ortaklık kârından pay alma biçiminde tezahür etmesi halinde, kârın öncelikli olarak hangi ayrımlara tabi tutulması gerektiği ve kuruculara verilebilecek kâr payının üst sınırı hususlarında belirlemeler yapılmaktadır. Bu konu, aşağıda “Kâr Payı” başlığı altında detaylı olarak ele alınacaktır.

3. TTK’nın İlgili Diğer Hükümlerinin Yorumlanması Sonucu Ortaya Çıkan Olası Diğer Sınırlar

Anonim ortaklık esas sözleşmesinin içeriğini belirleyen TTK md. 339 hükmünün ikinci fıkrasının (f) bendinde (eTTK md. 279/2/b.5), yalnızca, ‘kurucularla yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere ortaklık kârından sağlanacak menfaatler’den bahs olunmaktadır. Kurucu menfaatleri kapsamında tasfiye artığından pay alma ve yeni pay alma haklarının da tanınabileceği kabul edilecek olursa, hükümde, söz konusu iki hakka ilişkin herhangi bir ifade yer almazken kâr payı alma hakkının özel olarak zikredilmiş bulunmasının izahı güç olacaktır. Eğer kârdan pay alma menfaatinin esas sözleşmede gösterilmesi ortaklık malvarlığında bir eksilmenin meydana gelmesini önlemek adına öngörülmüş ise, hükümde, öncelikle, esas sözleşmede tasfiye artığından pay alma ve yeni pay alma haklarına ilişkin

belirlemelerin yapılmasının talep edilmesi gerekirdi. Zira TTK'da, ilgili haklar kuruculara kullandırılmadan önce pay sahiplerinin haklarının karşılığını almalarını temin edecek TTK md. 348 benzeri bir hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla (f) bendinde yalnızca kârdan sağlanacak menfaatlerden söz edilmesinin, kuruculara mali nitelikte bir menfaat olarak yalnızca kârdan pay alma hakkı tanınabileceği tezini destekleyen bir düzenleme olarak algılanması mümkündür. Nitekim bentteki 'ortaklık kazancından' sağlanacak menfaatler ifadesi de bahis konusu bakış açısını tasdik etmektedir: Kârdan pay alma hakkı haricinde, ne tasfiye artığından pay alma ne de yeni pay alma hakları hak sahibine doğrudan ortaklık kazancından bir getiri sağlamaktadır. Ayrıca bent, bu boyutuyla, aynı hükmün (e) bendinde anılan, 'hizmeti görülenlere verilecek ücret, ödenek veya ödül'ün bir defalık ödemeler olarak anlaşılması gerektiği, menfaatlerin ise sürekli nitelikte bir kazancı ifade ettiği yönündeki tespitimizi de doğrulayacak niteliktedir. Zira hükmün lafzı uyarınca (e) bendinde bahsi geçen ödemelerin yapılması için ortaklığın faaliyete başlayıp kazanç elde etmesi bir zorunluluk arz etmezken, kurucu menfaatlerinin ortaklık kazancından sağlanacağını düzenlenmiş olması,⁴¹² menfaatlere, ortaklığın faaliyette olduğu süre boyunca bunların mevcudiyetlerini öngören bir süreklilik niteliği bahsedildiği biçiminde yorumlanmaya elverişlidir.

Ortaklığın ticaret siciline tescilini düzenleyen eTTK md. 300, esas sözleşmenin içeriğine ilişkin eTTK md. 279 hükmünde kullanılan 'şirket kazancından sağlanacak hususi menfaatler' ifadesi yerine, 'sağlanan hususi menfaatler'den bahsetmekteydi. Anılan son ifade, kuruculara kârdan pay alma hakkının yanı sıra başkaca

⁴¹² Bahtiyar (Anasözleşme, s. 163, 164) da iki bent arasındaki bu farka dikkat çekmektedir.

menfaatlerin de tanınabileceği sonucuna varılmasına olanak tanır nitelikteydi. eTTK md. 300 hükmünün TTK'daki karşılığı olan TTK md. 354 hükmünde ise kurucu menfaatlerine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamakta; dolayısıyla, söz konusu ifadenin gündeme getirebileceği muhtemel şüpheler de ortadan kalkmış bulunmaktadır. Bu halde, değerlendirmenin odak noktasını artık her halükârda TTK md. 339 hükmünün ifadesi teşkil edecektir.⁴¹³

TTK md. 339/2.f hükmünde sadece 'şirket kârından sağlanacak menfaatler'den bahsolunması, tasfiye artığından pay alma ve yeni pay alma haklarının yanı sıra, kuruculara mali nitelikte olmayan menfaatlerin tanınması olanağını da imkân dışı bırakır görünmektedir. Oysa adı geçen iki mali nitelikteki menfaatin aksine, kuruculara mali nitelikte olmayan menfaatlerin sağlanmasına ne anonim ortaklıklar hukukunun emredici hükümleri, ne de TTK md. 348 hükmü engeldir. Kuruculara kârdan verilecek payın esas sözleşmede gösterileceğinin düzenlenmesi, birincil olarak ve TTK md. 348 hükmünün amacına paralel bir biçimde, ortaklığın malvarlığının korunmasına hizmet etmektedir. Bu doğrultuda, kanımızca, TTK md. 339/2.f hükmünde, esas sözleşmede gösterilmesi gereken hususlar arasında yalnızca 'kazanç payından sağlanacak menfaatler'den bahsediliyor olması, bahis konusu menfaatin ortaklık malvarlığına etki edecek niteliğinden ve hükmün, mevcut ve gelecekteki pay sahipleri ile alacaklıların anılan hususta bilgilendirilmesi amacıyla sevk edilmiş bulunmasından ileri gelmektedir. Dolayısıyla, hükümde, mali nitelikte

⁴¹³ *İmregün*'ün (Kurucu Senetleri, s. 482), kuruculara başkaca menfaatler sağlanabileceği görüşüne dayanak olarak gösterdiği bir diğer husus da, eTTK md. 289/3 hükmünde tedrici kuruluşta kuruluş genel kurulunun karara bağlayacağı teklifler arasında 'kuruculara şart kılınan hususi menfaatler'den, çoğul olarak bahsedilmiş olmasıdır. Yazar, hükümde kullanılan çoğul ifadenin, kuruculara sağlanacak menfaatin kâr payı ile sınırlanmamış olduğuna işaret ettiğini belirtmektedir. Tedrici kuruluşta kuruluş genel kuruluna ilişkin bu hüküm de, tedrici kuruluş kurumunun Kanun kapsamına alınmaması sonucu artık TTK'da yer almamaktadır.

olmayan menfaatlere ilişkin bir ifadenin yer almamasını, bu tür menfaatlerin kuruculara tanınamayacağı şeklinde yorumlamamak gerekir. Ayrıca, TTK md. 339/2.f hükmünde ‘şirket kârından sağlanacak menfaatler’ ifadesinin yer alması, esas sözleşmede yalnızca kârden pay alma biçimindeki kurucu menfaatlerinin gösterilmesinin gerekli ve yeterli olacağı biçiminde de anlaşılmamalıdır. Sonuç olarak, kuruculara mali nitelikte olmayan menfaatlerin tanınması mümkün olduğu gibi, kârden pay alma hakkının yanı sıra, adı geçen türdeki menfaatlerin de esas sözleşmede gösterilmesi, söz konusu sözleşmenin kamuyu aydınlatma işlevi açısından daha uygun olacaktır.

II. KURUCU MENFAATLERİNE KONU OLABİLECEK HAKLAR

1. Genel Olarak

Malvarlığının korunması ilkesinin TTK md. 348 hükmünde kurucu menfaatleri bağlamında yinelenmiş bulunması, hükmün başlıca amacının ortaklık malvarlığının korunması olduğuna işaret eder. Anılan tespitten hareketle, ortaklık malvarlığının azalmasına neden olmayacak her türlü hakkın kuruculara tanınabileceği sonucuna varılabilmektedir.⁴¹⁴ Bununla beraber, öğretide, kurucu menfaati olarak yalnızca malvarlığına ilişkin hakların tanınabileceğine, başka bir menfaat türü öngörülelemeyeceğine ilişkin görüşler de mevcuttur. ‘Malvarlığına ilişkin haklar’

⁴¹⁴Vischer, Gründungsstadium, 71. Seibt (s. 518, AktG § 26 Nr. 7) ise kuruculara mali nitelikte olmayan haklar tanınabileceğini ifade etmekle birlikte, aksi görüşteki yazarların hareket noktası olan, söz konusu hakların kişiye sıkı sıkıya bağlı nitelikleri nedeniyle devredilemez olmaları sonucu kurucu menfaatleri kapsamında değerlendirilmelerine ilişkin şüphelerinin de dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır.

kavramının ise, anonim ortaklık pay sahiplerinin mali nitelikteki hakları ile sınırlı olarak değerlendirilmesi mümkün olduğu gibi, kurucularla anonim ortaklık arasında yapılacak, anonim ortaklığa mal satımı veya ondan mal teminine⁴¹⁵ ya da kurucuya lisans verilmesine⁴¹⁶ ilişkin sözleşmeleri de kapsar nitelikte anlaşılması mümkündür. İsviçre öğretisinde, kurucu menfaatlerinin yalnızca malvarlığına ilişkin hakları kapsayabileceğini savunan yazarlar, ifade edilen türdeki hakları, kuruculara mali bir kazancın yolunu açan alacak hakkı sağlayan karşılıklı edimleri haiz sözleşmeleri de içine alır biçimde değerlendirmektedirler.⁴¹⁷ Türk hukukunda ise kurucu menfaatleri için ağırlıklı olarak, pay sahiplerinin mali nitelikteki hakları, hatta bunlardan da TTK md. 503 hükmünde sayılanlar ile sınırlı bir çerçeve çizildiği dikkati çekmektedir. Bahis konusu görüşü savunan yazarların hareket noktası, TTK md 503 hükmünün sınırlayıcı ifadesi karşısında, TTK md. 348 hükmünün karşıt anlamından, kuruculara malvarlığına ilişkin olmayan hakların tanınabileceği sonucuna varılamayacağı; zira karşıt anlam yöntemi ile varılan sonucun esas kuralı doğrulaması gerektiğidir.⁴¹⁸ Bu çalışmada, kurucu menfaatlerinin var oluş amaç ve gerekçelerinin, olağan intifa senetlerinininkine kıyasla farklılık gösterdiği, bu nedenle olağan intifa senetlerine ilişkin hükümlerin, kurucu menfaatlerine de uygulanacak temel kurallar ortaya koyduğundan bahsedilemeyeceği savunulduğundan, sözü geçen görüşe katılma

⁴¹⁵ *Ernst*, s. 142; *Druey/Druey Just/Glanzmann*, s. 116, Nr. 39; *Sieewart*, A.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil: Die AG und GmbH, Dritte Lieferung (Art. 625-631), Zurich 1941, s. 244 Nr. 68; *Küchler*, s. 60; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 147, § 15 N 26; *Röhrich*, s. 114, AktG § 26 Rn. 10; *Arnold*, s. 495, AktG § 26 Rn. 8; *Seibt*, s. 517, 518, AktG § 26 Rn. 6; *Eckardt*, s. 331, AktG § 26 Rn. 11.

⁴¹⁶ *Ernst*, s. 142.

⁴¹⁷ *Meier-Hayoz*, A., *Forstmoser*, P.: Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen, 10. Aufl, Bern 2007, s. 414; *Böckli*, s. 133, Nr. 391; *Küchler*, s. 55. Türk hukukunda aynı yönde bkz. *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 164. Ayrıca bkz. Alman hukukunda, Kanun koyucunun özel menfaatleri düzenlerken amacının, bunların yalnızca ortaklıklar hukukuna ilişkin haklarda (pay sahipliği hakları) avantajları kapsamı olduğu, ancak mahkeme kararları ile kavramın çerçevesinin genişletilip, ‘alacak hakkı sağlayan özel menfaatler’ biçiminde bir grup daha ortaya çıkarıldığı yönünde, *Sagasser*, s. 45.

⁴¹⁸ *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 320, dn. 4; *Bahtiyar*, Anasözleşme, s. 165, dn. 210.

olanağı bulamıyoruz. Kanımızca, TTK’da, kuruculara anonim ortaklığın malvarlığına etki etmeyecek nitelikteki hakların tanınmasına engel olacak bir hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla, kuruculara ortaklıkta uygun bir göreve atanma⁴¹⁹ veya ömür boyu ortaklıkta bir görevde yer alma⁴²⁰ haklarının tanınması mümkün olmalıdır. Kurucular ile anonim ortaklık arasında ortaklığa ürün sağlama, ortaklıktan ürün alma veya kuruculara lisans verilmesine ilişkin sözleşmeler yapılması hallerini ise, her ne kadar bunlar mali boyutu olan işlemler olsalar da, malvarlığına ilişkin menfaatler olarak değerlendirmemek gerekir. Anılan olasılıklarda kurucu menfaati, ortaklığın, ticaret siciline tescili takiben, menfaat sahibi ile karşılıklı edimleri haiz bir sözleşme yapma borcu altına girmesi ile sınırlı olarak anlaşılmalıdır.⁴²¹ Bu durumda kurucuya sağlanan bir menfaatten söz edilebilmesi için, kurucunun, ayrıca söz konusu sözleşmeden bir menfaat sağlaması koşulu aranmayacağı gibi, sözleşmenin kurulmasının ardından kurucu tarafından öne sürülebilecek taleplerin kaynağını da artık kurucu menfaati değil, kurulan sözleşmenin hükümleri oluşturacaktır.⁴²²

İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde, anonim ortaklığın temel ilkeleri ile emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmediği sürece, kuruculara mali nitelikte olmayan haklar tanınmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁴²³ Ancak bahsi geçen hakların İBK md. 628/3 ve APOK § 26 anlamında kurucu menfaati olarak mı değerlendirileceği, yoksa anonim ortaklık ile ona karşı üçüncü kişi konumunda

⁴¹⁹ *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 19; *Küchler*, s. 60.

⁴²⁰ *Druey/Druey Just/Glanzmann*, s. 116 Nr. 39.

⁴²¹ *Ansay*, s. 53; *Röhrich*, s. 114, 115, AktG § 26 Rn. 10 ve 16; *Vischer*, Gründungsstadium, s. 71. Menfaatin, ortaklığın sözleşme yapma yükümlülüğü altına girmesi şeklinde ortaya çıkması halinde dahi, ortaklığın rakiplerle sözleşme yapmasının önüne geçilmiş olması nedeniyle kurucunun mali bir avantaj elde edeceği, dolayısıyla, bunun mali nitelikte bir menfaat olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. *Sagasser*, s. 89.

⁴²² *Röhrich*, s. 114, 115, AktG § 26 Rn. 10 ve 16.

⁴²³ *Küchler*, s. 63; *Junker*, s. 216.

bulunan kurucu arasındaki herhangi bir sözleşme olarak mı dikkate alınacağı hususu tartışmalıdır. Söz konusu tartışmanın önemi, hakların geçerli olarak doğabilmeleri için anonim ortaklık esas sözleşmesine yazılmalarının gerekip gerekmediği noktasında ortaya çıkmaktadır. Kurucu menfaatlerine ilişkin hükümlerin başlıca amacının, anonim ortaklık malvarlığının korunması olmasından hareketle, kuruculara tanınan, ancak ortaklığa mali bir yük getirmeyen hakların, esas sözleşmede gösterilmesine ihtiyaç bulunmadığı akla gelebilir.⁴²⁴ Ancak, önceden de belirtildiği üzere, Türk hukuku açısından bir değerlendirme yapıldığında, TTK md. 348 hükmünün malvarlığının korunması biçimindeki birincil amacına ve TTK md. 339/3.f hükmünde yalnızca ortaklık kârından sağlanacak menfaatlerden bahsolunmasına karşın, anonim ortaklığın mali durumuna etki etmeyen nitelikteki hakların da esas sözleşmeye yazılmaları gerekecektir. Bu, şeffaflığın ve kamuyu aydınlatmanın bir gereği olduğu kadar, menfaatlerin geçerli olarak doğabilmesi için de bir zorunluluktur. Anonim ortaklık, kuruluşunu tamamlayarak tüzel kişiliğini kazanmasının ardından herhangi bir pay sahibi ya da üçüncü kişiyle, anılan kişiye kuruluşla bağlantılı olmayan bir menfaat sağlamak üzere bir sözleşme yapmak istediğinde, ilgili sözleşmeyi ortaklık adına, kural olarak, ortaklığın yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu yapacaktır. Sözleşmenin geçerliliği ve dolayısıyla karşı tarafa tanınan menfaatin geçerli bir biçimde doğup doğmayacağı hususları ise, artık, bahsi geçen sözleşmeyi yapma ve ilgili menfaati tanımanın yönetim organının yetkisi kapsamında olup olmadığına göre belirlenecek;⁴²⁵ dolayısıyla söz konusu menfaatlerin geçerliliği için esas sözleşmede öngörülmüş olmaları aranmayacaktır.⁴²⁶

⁴²⁴ Kuchler, s. 56.

⁴²⁵ Röhrich, s. 117, AktG § 26 Rn. 22, s. 126, Rn. 63, 64; Pentz, AktG § 26 Rn. 19; Seibt, s. 520, AktG § 26 Rn. 11.

⁴²⁶ Limmer, AktG § 26 Rn. 2.

Ticaret siciline tescilini takiben tüzel kişilik kazanmasının ve organlarının oluşmasının öncesinde, kuruluşunu ileride tamamlayacak olan anonim ortaklık tarafından kurucuya malvarlıksal nitelikte olan ya da olmayan bir menfaatin tanınabilmesi ise, ancak tüm kurucuların oy birliği ile buna onay vermesi, yani ilgili menfaatin tüm kurucular tarafından imzalanan esas sözleşmede gösterilmesi ile mümkün olabilecektir.

Çalışmanın önceki bölümlerinde gerçekleştirilen tartışmalarda, kuruculara, TTK md. 503 hükmünde sayılan, pay sahiplerinin mali nitelikteki haklarından yalnızca kârdan pay alma hakkının tanınabileceği sonucuna ulaşılmıştı. Bununla birlikte, anonim ortaklık tarafından kuruculara tanınabilecek malvarlığına ilişkin hakların kârdan pay alma hakkı ile sınırlı olmadığı da ifade edilmelidir. “3. Kâr Payı Alma Hakkı Haricindeki Mali Nitelikteki Menfaatler” başlığı altında daha detaylı bir biçimde ele alınacak olmakla birlikte, bu noktada, kuruculara tanınabilecek mali nitelikteki menfaatler arasında, kârdan pay alma hakkının yanı sıra, anonim ortaklık tesislerinden indirimli veya ücretsiz yararlanma hakkı ile kurucunun, ortaklığın tasfiyeye girmesi halinde ortaklığa getirmiş olduğu aynı sermayeyi öncelikle ve aynen almayı isteme hakkının da sayılabileceğini belirtmek isteriz. Kuruculara sağlanan kârdan pay almaya ilişkin menfaat, pay sahiplerinin kârdan pay alma haklarına etki edebilecek niteliği haiz bulunması ve TTK’nın farklı kâr türlerine ilişkin belirlemelerinin netlikten uzak olması dolayısıyla, diğer mali nitelikteki menfaatlerden ayrı bir başlık altında ve öncelikli olarak incelenecektir.

Kuruculara tanınabilecek mali nitelikteki menfaatler hususunda, Alman öğretisinde bir dönem sıklıkla savunulan bir görüş, ilgili edimin ancak diğer pay sahipleri tarafından yerine getirilmesi gerektiği takdirde bir kurucu menfaatinden söz edilebileceği, edimi anonim ortaklığın yüklenmesi halinde ise geçerli bir kurucu menfaatinin gündeme gelmeyeceği yönünde olmuştur.⁴²⁷ Öte yandan ilerleyen yıllarda bir grup yazar, APOK § 26 hükmünün amacının, menfaatlerin kamuya açıklanması yolu ile pay sahipleri ve alacaklıların korunması olmasından hareketle, kurucu menfaatinin var olabilmesi için, ilgili edimin yükümlülerinden en azından birinin anonim ortaklık olması gerektiği sonucuna varmışlardır.⁴²⁸ Bu doğrultuda, yalnızca diğer pay sahipleri tarafından üstlenilen bir edim kurucu menfaatinin konusunu oluşturmayacaktır; zira anılan olasılıkta, ne anonim ortaklığın dağıtılabılır kârının ne de esas sermayesinin azalma tehlikesi söz konusudur.⁴²⁹ Kaldı ki, menfaatlerin ancak anonim ortaklığın ticaret siciline tescili ile doğması da edim yükümlüsünün ortaklık olmasını gerektirmektedir.⁴³⁰ Bir diğer grup yazar ise, edimin pay sahipleri ya da ortaklık tarafından yüklenilmesinin bir fark yaratmayacağı, iki halde de kurucu menfaatinden söz edilebileceği yönünde görüş belirtmişlerdir.⁴³¹ İfade edilen görüşü destekleyen yazarlardan bazıları da, menfaatin konusunu oluşturan edimin anonim ortaklık tarafından mı yoksa diğer pay sahipleri tarafından mı yüklenileceğine ilişkin tartışmanın yalnızca teorik bir nitelik taşıdığına değinmişlerdir. Yazarlara göre, edimin kim tarafından yerine getirileceği menfaatin

⁴²⁷ Bu sorun aslında APOK metninde kuruluş masrafları bağlamında bunların anonim ortaklık tarafından yüklenileceğinin açıkça ifade edilmiş olmasına rağmen, kurucu menfaatlerine ilişkin olarak böyle bir belirleme yapılmamış bulunmasından ileri gelmiş olup, TTK'nın lafzı açısından belirtilen şekilde bir tartışmanın gündeme gelmesi söz konusu değildir. Öte yandan, Alman hukukunda bir dönem kurucu menfaati düzenlemesine ilişkin ilkelerin belirlenmesinde önemli bir yer edinmiş olması nedeniyle, bahsi geçen tartışmaya kısaca değinilmesi gereği duyulmuştur.

⁴²⁸ *Pentz*, AktG § 26 Rn. 9.

⁴²⁹ *Pentz*, AktG § 26 Rn. 9; *Arnold*, s. 494, 495, AktG § 26 Rn. 6; *Solveen*, AktG § 26 Rn. 3.

⁴³⁰ *Röhrich*, s. 112, 113, AktG § 26 Rn. 6.

⁴³¹ *Koch*, AktG § 26 Rn. 2; *Limmer*, AktG § 26 Rn. 2.

türüne göre farklılık göstermekle birlikte, edim yükümlüsü genellikle anonim ortaklık olarak ortaya çıkmakta; ancak ortaklık tarafından yüklenilen edimler de nihayetinde yine mali olarak pay sahiplerini etkilemektedir.⁴³² Açıklanan çerçevede, mali nitelikteki kurucu menfaatlerine ilişkin olarak, edimin kimin tarafından üstlenileceği sorunu, menfaatlerin tanımlanması noktasında belirleyici bir ayrım sebebiyet vermeyecektir.

2. Kâr Payı Alma Hakkı

A. TTK’da Kâr Kavramı

Kuruculara tanınması mümkün olan menfaatlerin başında, ortaklığın kârından pay almak gelmektedir; ancak kâr payına ilişkin menfaatin sağlanması da koşullara bağlanmıştır. TTK md. 348 uyarınca, dağıtılabilir kârdan 519. maddenin birinci fıkrasında yazılı yedek akçe ile pay sahipleri için yüzde beş kâr payı ayrıldıktan sonra, kalanın en çok onda biri kuruculara ödenebilecektir. Dağıtılabilir kârdan öncelikli olarak ayrılması öngörülen yedek akçe, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşınca kadar yıllık kârın yüzde beşi oranında ayrılacak olan birinci kanuni yedek akçedir. Bunu takiben pay sahipleri için de yüzde beş oranında kâr payı ayrılacaktır. Hükmün eTTK’daki karşılığı md. 298 de, ‘hâsıl olan kazançtan’ aynı ayrımlar yapıldıktan sonra, kalan meblağın yine en çok onda birinin kurucular lehine ayrılabilceğini ifade etmekteydi.

⁴³² Eckardt, AktG § 26 Rn. 9; Röhrich, s. 112, 113, AktG § 26 Rn. 6.

TTK md. 348 hükmünün uygulanması açısından önem taşıyan husus, ‘dağıtılabılır kâr’ ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Gerekçede farka ilişkin hiçbir açıklama bulunmamasına karşın, TTK’da, eTTK md. 298 hükmünde yer alan ‘hâsıl olan kazanç’ kavramı yerine ‘dağıtılabılır kâr’dan bahsedilmiş olması, öğretide, iki terimin farklı anlamlar taşıdığı yönünde eleştirilmiş; farkın bilinçli bir tercihin sonucu olup olmadığı sorgulanmıştır. Benzer şekilde, TTK md. 503 hükmünde kullanılan ‘net kâr’ ifadesinin de eski metindeki ‘safî kazanç’tan başka bir anlam taşıdığına dikkat çekilmiştir.⁴³³

Yalnızca eTTK çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında dahi, eTTK md. 298 ve eTTK md. 403 hükümlerinin yanı sıra, kâra ilişkin düzenleme yapan diğer hükümlerde de kârı nitelemek için farklı terimler kullanıldığı göze çarpmaktadır. Yedek akçelere ilişkin eTTK md. 466 ve 467, hesaplamalar için ‘safî kâr’ı temel almaktadır. eTTK md. 455 hükmü, pay sahiplerine dağıtılmaya tahsis olunan ‘safî kazanç’ her pay sahibinin payı nispetinde katılma hakkını haiz olduğunu belirtmekte, ancak eTTK md. 470 hükmünde, kâr payının ancak ‘safî kâr’dan ve bu gaye için ayrılan yedek akçelerden dağıtılabileceği ifade edilmektedir. Yine yönetim kurulu üyelerine ayrılacak kazanç paylarının da sadece ‘safî kâr’dan, ancak belli ayırım ve dağıtımlardan sonra yapılabileceği belirtilmiştir. eTTK md. 457 hükmünde ise, ‘safî kazancın’ yıllık bilanço’ya göre hesap ve tespit olunacağı öngörülmektedir.

⁴³³ *Kendigelen*, İntifa Senetleri, s. 60, 61.

TTK gerekçesinde, Kanun'da kâra ilişkin terimlerde yapılan değişikliklerle netlik sağlanmasının amaçlandığı belirtilmesine karşın,⁴³⁴ terimlerin ne anlama geldikleri hususunda yine ne Kanun metninde ne de gerekçede bir açıklama yapılmıştır.

TTK'da yedek akçe ayırımında temel alınacak kâr, 'yıllık kâr' olarak belirlenmiştir (TTK md. 519, 521). Pay sahiplerinin payı nispetinde katılma hakkını haiz olduğu kâr, pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış 'net dönem kârı' olarak ifade edilmiş (TTK md. 507); kâr payının ancak 'net dönem kârı'ndan ve serbest yedek akçelerden dağıtılabileceği hükme bağlanmıştır (TTK md. 509). Yönetim kurulu üyelerine kazanç payı dağıtımı, sadece 'net kâr'dan ve belirli ayırım ve dağıtımlardan sonra yapılabilecektir (TTK md. 511). TTK md. 508 uyarınca 'yıllık kâr', yıllık bilançoya göre belirlenecektir. Görüleceği üzere, TTK'da yalnızca eTTK'daki terimler başka terimlerle karşılanmakla kalmamış; bazı eTTK hükümlerinin karşılığı olan TTK hükümlerinde, ilgili meblağın belirlenmesinde ölçü alınacak kâr türü de farklı belirlenmiştir. TTK düzenlemelerinin yedek akçeye, pay sahiplerine, kurucu menfaati ve intifa senedi sahiplerine ayrılacak kâr paylarının hesaplanmasına temel alınacak kâr türü bakımından bir farklılık getirip getirmediğinin saptanabilmesi için ise, öncelikle, eTTK'daki kavramlar ile ifade edilmek istenenlerin ne olduğunun belirlenmesinde yarar vardır.

⁴³⁴ TTK md. 509/2 hükmünün gerekçesinde, kâr payının dağıtılabileceği kaynağa ilişkin 'safî kâr' teriminin açıklıktan yoksun olduğu yönündeki haklı eleştiriler dikkate alınarak, adı geçen 'kâr'ın dönem kârı mı yoksa geçen yıldan aktarılan kârı da içerebilecek olan bilanço kârı mı olduğu sorusunun 'dönem kârı' ifadesi ile netliğe kavuşturulduğu, 'net' kelimesinin ise, Kanun'un diğer maddeleri ve uluslararası öğretide geçerli olan terimle uyumu sağlamaya hizmet ettiği ifade edilmiştir.

eTTK’da kullanılan ‘safî kazanç’ ve ‘safî kâr’ terimleri ile aynı kavramın ifade edilmek istendiği öne sürülmüştür.⁴³⁵ Ayrıca, eTTK md. 455 (pay nispetinde iştirak), md. 457 (yıllık bilanço’ya göre hesaplanma) ve md. 466 hükümlerinde (yedek akçe) kullanılan ‘safî kazanç’ ve ‘safî kâr’ terimlerinin bilanço karını ifade etmediği, bilanço karının yıllık kâr, geçen yıllardan aktarılan kâr ve çözülen yedek akçelerden meydana geldiği belirtilmiştir.⁴³⁶ eTTK md. 466 hükmündeki ‘safî kâr’ ise, md. 455 ile md. 457 hükümlerindeki safî kârdan başka anlama gelmekte ve bilanço kârından geçmiş yılların zararları düşülerek bulunan meblağı ifade etmekte; geçmiş yıl kârları ise burada nazara alınmamaktadır.⁴³⁷ Anılan meblağdan ayrıca vergi ve diğer mali yükümlülüklerin düşülmesinin gerekip gerekmediği hususu tartışma konusu olmuş; aksi düşüncelere rağmen,⁴³⁸ eTTK md. 466 anlamında safî kârın, bilanço kârından geçmiş yıl zararlarının yanı sıra vergilerin de indirilmesi sonucu ortaya çıkan meblağı ifade ettiği görüşü ağırlık kazanmıştır.⁴³⁹ eTTK md. 469, safî kârdan kanuni ve ihtiyari yedek akçeler ile esas sözleşme hükümlerince ayrılması gereken diğer paralar ayrılmadıkça pay sahiplerine kâr payı dağıtılamayacağını hükme bağladığından, eTTK md. 455 hükmünde adı geçen ‘pay sahiplerine dağıtılmaya tahsis olunan safî kâr’, safî kârdan, belirtilen yedek akçe ve paraların ayrılmasının

⁴³⁵ Erimez, s. 132; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 811 Nr. 1489a. Anılan son yazar, açıkça bunu ifade etmemekle birlikte, her iki terimin kullanıldığı hükümlerden de söz ederken ‘safî kâr’ terimini kullanmaktadır. Aksi yönde bkz. Arslanlı, Anonim Şirketler C.I, s. 214: Yazar, safî kazancı, kâr ve zarar hesabının kâr bakiyesi olarak tanımlamaktadır.

⁴³⁶ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 811 Nr. 1489a.

⁴³⁷ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 820 Nr. 1513; Birsell, M.T.: Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı, C. 1, İzmir 1973 (Kâr Kavramı), s. 52, 53; Karayalçın, Y.: Bilanço Hukuku, Ankara 1979, s. 65. Ancak anılan son yazar, safî kârı, vergi borçları indirildikten sonra kalan kâr olarak değerlendirmekte (s. 63), bahsi geçen meblağdan geçmiş yıl zararlarının indirilmesi ile elde edilen miktarı ise dönem safî kârı olarak nitelendirmekte ve birinci kanuni yedek akçe ayırımına konu olacak kârın, dönem safî kârı olduğunu ifade etmektedir.

⁴³⁸ Ulusoy, s. 383.

⁴³⁹ Karayalçın, s. 63, 65; Erimez, s. 133; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 820, 821 Nr. 1514; Domaniç, Şerh II, s. 1064.

ardından arta kalan meblağ olmalıdır.⁴⁴⁰ Buna göre eTTK md. 470 hükmünde anılan, kâr payının dağıtılabileceği ‘safî kâr’ da, yine aynı meblağı ifade ediyor olsa gerektir. Yönetim kurulu üyelerine dağıtılacak kazanç payı ise, ancak pay sahiplerine kâr dağıtımını yapıldıktan sonra arta kalan safî kârdan gerçekleştirilebilecektir (eTTK md. 472).

eTTK md. 466 hükmündeki, kanuni yedek akçelerin ayrılacağı ‘safî kâr’ın, geçmiş yıllar kârları dikkate alınmaksızın, faaliyet döneminde elde edilen kârdan geçmiş yıl zararları ile vergi ve diğer mali yükümlülükler düşüldükten sonra ortaya çıkan meblağı ifade ettiği belirtilmişti. Anılan yoruma paralel bir şekilde, TTK md. 504 hükmünün gerekçesi, TTK md. 507 ve 509 hükümlerindeki ‘net dönem kârı’ teriminde yer alan ‘dönem kârı’ ifadesinin geçmiş yıl kârlarının hesaplama dışında bırakılacağını, ‘net’ ifadesinin de geçmiş yıl zararlarının düşüleceğini belirttiğini açıklığa kavuşturmaktadır. Gerekçede, ayrıca, ‘net kâr’ın vergilerin düşülmesinden önceki ya da sonraki kâr olmasının ortaklıklar hukukunu ilgilendirmediği vurgulanmıştır. Bununla birlikte, Türk öğretisinde hala ağırlıkla ‘net dönem kârı’nın, vergi ve diğer mali yükümlülükler düşüldükten sonraki kâr olması gerektiği görüşü savunulmaktadır.⁴⁴¹ Her halükârda, kanun koyucunun TTK’da kullandığı ‘net dönem kârı’ ifadesinin, eTTK md. 466 anlamındaki ‘safî kâr’ı karşıladığı anlaşılmaktadır.⁴⁴² Dolayısıyla, TTK md. 507 düzenlemesindeki ‘pay sahiplerine dağıtılması

⁴⁴⁰ Öte yandan *Karayalçın* (s. 63), dağıtılabılır safî kârı, safî kârdan geçmiş yıl zararları ile kanuni yedek akçe payı indirildikten sonra geriye kalan tutar olarak tanımlamakta, böylece, esas sözleşme ile öngörülen yedek akçelerin, dağıtılabılır safî kârdan ayrılacağı sonucuna varmaktadır.

⁴⁴¹ Aynı yönde bkz. *Tekinalp*, *Yeni Hukuk*, s. 572 Nr. 21-65; *Pulaşlı*, *Şerh C. II*, s. 1897; *Ateşşaoğlu*, E.: *Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı*, İstanbul 2012, s. 43; *Karşlıoğlu*, s. 77, 78. Aksi yönde bkz. *Karyağdı*, N.: *Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı*, 4. Bası, İstanbul 2014, s. 173; *Canözü*, S.: *Anonim Şirketler Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması*, 2. Bası, Ankara 2016, s. 71.

⁴⁴² Aynı yönde bkz. *Bozgeyik*, s. 638; *Pulaşlı*, *Şerh C.II*, s. 1897.

kararlaştırılmış net dönem kârı’ (ayrıca md. 509 uyarınca kâr payının dağıtılabileceği net dönem kârı)⁴⁴³ da, net dönem kârından, TTK md. 523 uyarınca kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrıldıktan sonra kalan tutar olmalıdır.⁴⁴⁴ TTK md. 511 hükmünde, yönetim kurulu üyelerinin kazanç paylarının ayrılacağı kâr için kullanılan ‘net kâr’ ifadesi de yine net dönem kârını ifade ediyor olsa gerektir.⁴⁴⁵

eTTK md. 457, ‘safı kazancın’ yıllık bilançoya göre hesap ve tespit olunacağını öngörmekteydi. TTK md. 508/2 ise, ‘yıllık kârın’ yıllık bilançoya göre belirleneceğini belirtmektedir. ‘Yıllık kâr’ ise, öğretide, kâr ve zarar hesabında ortaya çıkan, işletmenin hesap dönemi içinde elde ettiği gelirler ile yaptığı masraflar arasındaki olumlu fark olarak tanımlanmaktadır.⁴⁴⁶ Anılan erevede, TTK’da, yıllık kârın yıllık bilançoya göre belirleneceğinin ngrlmş olması, kârın elde edildiği döneme ilişkin zamansal bir sınırlama getirildiği şeklinde yorumlanabilir.⁴⁴⁷ Bu halde ‘yıllık kâr’, geçmiş dönem kârlarını içermeyen, ancak vergi ve diğer mali yükümlülüklerle geçmiş dönem zararlarının henüz içerisinden düşülmediği kârı

⁴⁴³ Yanlı (Yanlı, V.: “Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim şirketlerde Kâr Dağıtımı”, BATİDER, Mart 2014, C. XXX, S. 1, s. 8) pay sahiplerine dağıtılabilecek karın kaynağını yalnızca net dönem kârının değil, ayrıca serbest yedek akçelerin de oluşturmasından hareketle, yerinde olarak, TTK md. 507 hükmünde ‘net dönem kârı’na katılmak yerine ‘kâra’ katılmak ifadesinin kullanılması gerektiğini savunmaktadır. Nitekim eTTK döneminde de, kâr dağıtımının net dönem kârının yanı sıra serbest yedek akçelerden de yapılabileceği göz önünde bulundurularak, öğretide, ‘dağıtılabilir kâr’ın, net dönem kârı ile serbest yedek akçelerin toplamı şeklinde tanımlandığı da olmuştur (Erimez, s. 131). Ayrıca bkz. Serbest yedek akçelerin kapsam dışı tutulduğu dağıtılabilir kârı, ‘dağıtılabilir safı kâr’ olarak nitelendiren Karayalçın, s. 64. Bu çalışmada ‘dağıtılabilir kâr’ kavramı, serbest yedek akçelerin hesaplamaya dâhil edilmediği, ‘dağıtılabilir safı kâr’ anlamında kullanılmaktadır.

⁴⁴⁴ Aynı yönde bkz. Yanlı, s. 8.

⁴⁴⁵ Aynı yönde bkz. Pulaşlı, şerh C.II, s. 1896, 1897, dn. 56.

⁴⁴⁶ Bkz. Birsell, Kâr Kavramı, s. 18; Tekinalp, .: Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri - Kamuyu Aydınlatma İlkesi İle-, 2. Bası, İstanbul 1979 (Bilanço), s. 294.

⁴⁴⁷ Yıllık kârın, bilançoda geçen yıldan aktarılan kârı da içerebileceği, bu nedenle Kanun’da yıllık kârın yıllık bilançoya göre belirleneceğinin açıklandığı görüşü için bkz. Pulaşlı, şerh C. II, s. 1896, 1897, dn. 56.

karşıl原因 bir ifade olarak ortaya çıkmaktadır.⁴⁴⁸ Birinci kanuni yedek akçenin ‘yıllık kâr’ dan ayrılacağını düzenleyen TTK md. 519/1 hükmü ile ilgili ayırımın ‘safı kâr’ dan yapılacağını hükme bağlayan eTTK md. 466 hükmü arasında, birinci kanuni yedek akçenin ayrılacağı kâr matrahının belirlenmesine ilişkin olarak böylece gündeme gelen farkın, kanun koyucunun bilinçli bir tercihinin sonucu olup olmadığı sorgulanabilecektir. Zira eTTK’nın ayırma temel aldığı ‘safı kâr’, TTK’nın terimleri uyarınca ‘net dönem kârı’ nı karşılamakta, bu da, yıllık kârdan, vergi ve mali yükümlölükler ile geçmiş dönem zararlarının düşüldüğü miktara karşılık gelmektedir. Kanımızca, hakkında gerekçede de herhangi bir açıklama yapılmayan bahis konusu terim değışikliği, TTK md. 519 hükmünü mehz İBK md. 671 ile uyumlaştırma çabasının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Gerçekten de adı geçen İBK hükmünde, birinci kanuni yedek akçenin yıllık kârdan ayrılacağı düzenlenmekte; ‘yıllık kâr’ kavramı, İsviçre öğretisinde de kâr-zarar hesabının sonunda ortaya çıkan olumlu değeri olarak ifade edilmektedir.⁴⁴⁹ Bununla birlikte, anılan hukukta da, geçmiş yıllar zararlarının mevcudiyeti halinde, öncelikle bunların yıllık kârdan düşölmesinin gerekip gerekmediğı hususu tartışma konusudur.⁴⁵⁰ İsviçre’de sunulan kanun değışikliği taslağında, ilgili hükme, geçmiş yıl zararları bulunması halinde öncelikle bunun yıllık kârdan düşölmesi gerektiğine ilişkin bir ifade eklenmesi önerilmektedir.⁴⁵¹ Bu çerçevede, TTK md. 519/1 hükmünde, kanuni

⁴⁴⁸ *Canözü*, s. 73.

⁴⁴⁹ *Neuhaus*, M.R., *Balkanyi*, P.: BSK OR II, s. 696, Art. 671, Nr. 7; *Böckli*, s. 1515, Nr. 525a; *Imark*, L., *Lipp*, L.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530-771 OR (Hrsg.: *Roberto*, V., *Trüeb*, H.R.), 2. Aufl., Zürich 2012 Art. 671, s. 506, Nr. 4.

⁴⁵⁰ Kanuni yedek akçe ayırımı öncesinde yıllık kârdan geçmiş dönem zararlarının düşölmeceğı görüşü için bkz. *Böckli*, s. 1515, Nr. 525a; *Neuhaus/Balkanyi*, s. 696, Art. 671, Nr. 10. Aksi yönde bkz. *Imark/Lipp*, s. 506, Art. 671, Nr. 5.

⁴⁵¹ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts. (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht,

yedek akçe ayırımına temel alınacak kâr olarak belirlenen ‘yıllık kâr’ın, eTTK dönemindeki yorumlara ve mehz İsviçre hukukundaki gelişmelere paralel biçimde, geçmiş dönem zararları ile vergi ve diğer mali yükümlülüklerin düşülmüş olduğu ‘net dönem kârı’ biçiminde anlaşılması yerinde olacaktır.⁴⁵²

B. Pay Sahiplerinin Kâr Payı Alma Hakkı

TTK md. 452 anonim ortaklık esas sözleşmesinin bütün hükümlerinin, ilgili sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, genel kurul tarafından Kanun’da öngörülen şartlara uyularak değiştirilebileceğini hükme bağlar; ancak mütesep ve vazgeçilmez hakları saklı tutar. ‘Mütesep hak’ kavramı, TTK’da tanımlanmamış olmasına karşın, eTTK md. 385/2, ‘mütesep haklar’ başlığı altında bir tanım ve örnekler içermektedir.⁴⁵³ Anılan fıkra uyarınca mütesep hak, kanun veya esas sözleşme hükümleri uyarınca, genel kurul ve yönetim kurulu kararlarına tabi olmayan haklardır. Buna göre, anonim ortaklık organları, sahibinin rızası olmadıkça söz konusu hakları sınırlandırmaz, zayıflatamaz, kullanılmalarını şarta bağlayamaz ya

Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, Bundesblatt Nr. 11 vom März 2008.

⁴⁵² Bkz. *Arı, A.*: Şirketler Hukuku (Ed.: *Karahan, S.*), 2. Bası, Konya 2013, s. 512; *Canözü, s. 75*. Dolaylı olarak aynı yönde, bkz. *Gürbüz Usluel, Kâr Payı*, s. 22. Söz konusu hükümdeki ‘yıllık kâr’ın, vergi öncesi kârı ifade eden ‘dönem kârı’ biçiminde anlaşılması gerektiği, ancak geçmiş yıl zararlarının dönem kârından düşülmesine ihtiyaç bulunduğu yönünde bkz. *Karyağdı, s. 173*. ‘Safi kâr’ yerine ‘yıllık kâr’ ifadesinin kullanılmasının bilinçli bir tercihi yansıttığı, kanun koyucunun, birinci kanuni yedek akçenin matrahını yükseltmek suretiyle daha fazla yedek akçe ayrılmasını sağlamak amacıyla olduğu görüşü için bkz. *Fahran, F.*: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Yedek Akçeler ve Yedek Akçe Ayrılması”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 224, Ağustos 2011, s. 5.

⁴⁵³ Mütesep haklara ilişkin hüküm, 1992 yılında İBK’da yapılan değişikliğe paralel olarak, TTK’da da Kanun kapsamından çıkarılmıştır. Bahsi geçen değişikliğin nedeni, Gerekeçe’de, hükmün mütesep hakları yetersiz bir şekilde tanımlaması, mütesep hakları sayan ikinci fıkranın yanlış anlamalara yol açması, listenin mütesep hakların tümünü içermemesi ve mütesep hakların farklı türde, hatta derecede olabileceklerine de işaret etmesine karşın, tanımın mütesep hakların tümünü kapsamaması olarak ifade edilmiştir. İsviçre hukukundakinin aksine, Türk hukukunda kavramın Kanun kapsamındaki mevcudiyetinin korunması ise, Kanun’un bu tür haklara çeşitli hükümlerinde yer vermesi ve esas sözleşmeyle de söz konusu nitelikteki hakların oluşturulabilmesi ile açıklanmaktadır.

da hakları tamamen ortadan kaldıramaz. Bahsi geçen haklar, pay sahipliği sıfatından doğar ve istisnasız her pay sahibine tanınmışlardır.⁴⁵⁴ Müktesep haklar da kendi içlerinde ‘mutlak’ ve ‘nispi’ müktesep haklar olarak iki başlık altında incelenebilir. Mutlak müktesep hakların, pay sahiplerinin rızası olmadan değiştirilmesi mümkün değildir. Buna karşılık nispi müktesep haklar, ortaklık menfaatleri gerektirdiği takdirde sınırlandırılabilir; ancak anılan halde dahi hakların özlerine dokunulmaması gerekir. Pay sahiplerinin kâr payı hakları da bir nispi müktesep hak olup, adı geçen hakkın, kanuni sınırlandırmaların yanı sıra (TTK md. 519), özüne dokunulmadığı ve dürüstlük kuralına uygun hareket edildiği sürece esas sözleşme ve genel kurul kararlarıyla da sınırlandırılması mümkündür (TTK md. 521, 522, 523).⁴⁵⁵

C. Kurucu Menfaatleri Bağlamında Kâr Payı Alma Hakkı

a. TTK’da Öngörülen Sınırlar

TTK md. 348 hükmünde, dağıtılabılır kârdan birinci kanuni yedek akçe ile pay sahipleri için yüzde beş kâr payı ayrıldıktan sonra kalanın en çok onda birinin intifa senetleri bağlamında kuruculara ödenebileceği hükme bağlanmıştır. eTTK md. 298 hükmünde de, hâsıl olan kazançtan ifade edilen miktarlar düşüldükten sonra kalan

⁴⁵⁴ *Arslanlı*, Anonim Şirketler C.I, s. 212, 216; *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 513 Nr. 866; *Pulaşlı*, Şerh C. II, s. 1551.

⁴⁵⁵ *Karayalçın*, s. 82; *Teoman*, İntifa Senedi, s. 221; *Pulaşlı*, Şerh C. II, s. 1404, 1405; *Bilgili/Demirkapı*, s. 515; *Karyağdı*, s. 140. *Tekinalp* (Yeni Hukuk, s. 354 Nr. 14-35b), kârda imtiyazlı paylarla sınırsız şekilde küçültülebilen, genel kurul kararına bağlı olarak dağıtılmayabilen kâr payı alma hakkının müktesep hak olamayacağını belirtmekte; ancak, anonim ortaklığın kâr elde etme ve dağıtma amacı ile bağlı olması bakımından, söz konusu hakkın bu yönüyle vazgeçilmez hak niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. *Ateşagaoglu*, s. 26, 27; *Karşioğlu*, s. 65, 66.

miktardan söz edilmekteydi.⁴⁵⁶ ‘Hâsıl olan kazanç’, öğretide, hesap dönemi sonu safî kârı olarak değerlendirilmiştir.⁴⁵⁷ Bahsi geçen nitelendirme, eTTK md. 466 uyarınca birinci kanuni yedek akçenin ‘safî kâr’dan ayrılacak olması ile tutarlıdır. Buna göre, birinci kanuni yedek akçenin ayrılmasının ardından pay sahipleri için de yüzde beş kâr payı ayrıldıktan sonra kalan miktarın en çok yüzde onu kuruculara dağıtılabilecektir.

TTK md. 348 hükmünde, eTTK md. 298 hükmüne benzer şekilde, Kanun’un başka hiçbir maddesinde yer almayan bir kâr nitelendirmesi yapılmak suretiyle, yorum gerektiren bir ifade ortaya konmuştur. Hükümde, ‘dağıtılabılır kâr’dan 519. maddenin birinci fıkrasındaki yedek akçenin ayrılması gerektiği belirtilmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, TTK md. 519/1 hükmü, birinci kanuni yedek akçenin ayrılacağı karı ‘yıllık kâr’ olarak tespit etmektedir. TTK md. 348 hükmünde ise, birinci kanuni yedek akçenin ‘dağıtılabılır kâr’dan ayrılacağından bahs olunmaktadır. TTK md 519/1 hükmündeki ‘yıllık kâr’ ifadesinin ‘net dönem kârı’ olarak anlaşılması gerektiği kabul edildiğinde dahi, anılan hükümle TTK md. 348 hükmünün ifadesi arasında bir tutarlılık sağlanamamaktadır. Bu doğrultuda, kanımızca, TTK md. 348 hükmündeki ‘dağıtılabılır kâr’ ifadesinin de, TTK md. 519/1 hükmüne ilişkin olarak yorum yoluyla varılan sonuca paralel biçimde, ‘net dönem kârı’ şeklinde anlaşılması uygun olacaktır. Aksine bir yorum, kanun koyucunun, hâlihazırda birinci kanuni yedek akçenin düşülmüş olduğu bir meblağdan yeniden birinci kanuni yedek akçe oranında bir ayırım yapılmasına hükmettiği anlamına gelecektir. Kanun koyucunun, kurucu menfaatleri için böyle

⁴⁵⁶ Bu hükümde, ‘kalanın onda biri’ ifadesi kullanılırken, TTK’da ‘kalanın en çok onda biri’nden bahsedilmesi suretiyle bunun bir üst sınır olduğunun netliğe kavuşturulması yerinde olmuştur.

⁴⁵⁷ *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 324.

özellikli bir kuralı benimsemesi imkân dâhilinde olmakla beraber,⁴⁵⁸ TTK md. 348/1 hükmünde TTK md. 519/1 hükmüne yapılan doğrudan atıf, kanımızca böyle bir yorumu olanaksız kılmaktadır. Öte yandan kanun koyucunun TTK md. 348/1 düzenlemesinde ‘dağıtılabilir kâr’ ifadesini kullanması, ortaklığın faaliyet dönemi içinde kâr etmemesi ancak serbest yedek akçelerinin bulunması halinde, pay sahiplerinin aksine, kuruculara serbest yedek akçelerden kâr dağıtılamayacağı⁴⁵⁹ vurgulamak amacı ile açıklanabilir.⁴⁶⁰ Karın yokluğunda kuruculara serbest yedek akçelerden kâr payı verilemeyeceğinin kabulü, TTK md. 348/3 hükmünün, ‘dağıtılabilir kâr mevcut ise’ ortaklık kârın dağıtılmamasını kararlaştırmış olsa bile kurucu intifa sahiplerinin esas sözleşmede öngörülen kâr paylarını alacakları biçimdeki düzenlemesi ile de tutarlıdır. Yine bahis konusu fıkra uyarınca, kurucuların kâr payı alacaklarının muacceliyetlerinin artık genel kurulun kâr dağıtımı yönünde bir karar almasına bağlı olmadığı; genel kurulun, faaliyet döneminde kâr edildiğini belgeleyen bilançoğu onaylaması ile muacceliyetin gerçekleştiği kabul

⁴⁵⁸ Ancak bu halde, md. 348/1 uyarınca yapılan söz konusu ayrımı artık TTK md. 519/1 anlamında birinci kanuni yedek akçe olarak nitelendirmeye imkân kalmayacaktır. Anılan durumda en fazla bir ‘isteğe bağlı yedek akçe’den bahsolunabilir ki, böyle bir nitelendirme yapılabilmesi için de bahsi geçen ayrımın esas sözleşmede öngörülmüş olmasına ihtiyaç duyulacaktır.

⁴⁵⁹ *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 296; *Gürbüz Uşuel*, Kâr Payı, s. 129; *Junker*, s. 214, 215. Ayrıca bkz. eTTK döneminde olağan intifa senetleri bağlamında, ilgili senet sahiplerine yedek akçelerin çözülmesi ile dağıtılacak kârdan pay verilemeyeceğini ifade eden *Domanıç*, Şerh II, s. 1063.

⁴⁶⁰ ‘Dağıtılabilir kâr’ kavramının, içerisinden geçmiş yıl zararları, kanuni yedek akçeler ile diğer mali yükümlülüklerin düşüldüğü net dönem kârından (‘dağıtılabilir safi kâr’) ibaret olmadığı; geçmiş dönemlerden aktarılan karlar, kâr dağıtımı için ayrılan özel yedek akçeler, belirli bir amaca özgülenmeyen yedek akçeler ile ihtiyari yedek akçelerden dağıtılması mümkün olanların da ‘dağıtılabilir kâr’ içerisinde değerlendirileceği hususunda bkz. *Karayalçın*, s. 130, 131; *Gürbüz Uşuel*, Kâr Payı, s. 14. ‘Dağıtılabilir kâr’ kavramının böyle geniş kapsamlı olarak değerlendirilmesi, TTK md. 348/1 ve TTK md. 503 hükümlerinde, sırasıyla, ‘dağıtılabilir kâr’ ve ‘net kâr’ biçiminde belirlenen, hak sahiplerine yapılacak dağıtıma temel oluşturacak kârın, kanun koyucu tarafından bilinçsiz bir şekilde farklı tespit edildiği yönünde eleştirilere yol açmıştır: bkz. *Kendigelen*, İntifa Senetleri, s. 60, 61; *Gürbüz Uşuel*, Kâr Payı, s. 128, 129. Kanımızca, ‘dağıtılabilir kâr’, ‘net dönem kârı’ndan gerekli ayrımların yapılmasının ardından pay sahipleri ve kâra katılan diğer kişilere dağıtımın gerçekleştirilebileceği, arta kalan dönem kârı olarak tanımlandığı takdirde, TTK md. 348 ve TTK md. 503 hükümlerinde kullanılan terimler arasında tutarlılık sağlanacaktır.

edilmekte⁴⁶¹ ve kurucuların yalnızca kâr elde edilen yıllarda kâr payı alacakları biçimindeki değerlendirme, muacceliyet anının belirlenmesine ilişkin söz konusu önerme ile de paralellik göstermektedir. Zira faaliyet döneminde kâr elde edilmemiş olması halinde, serbest yedek akçelerin çözülmesi, geçen yıldan aktarılan dağıtılmamış kârların kullanılması ve kâr dağıtımı yapılması, genel kurulun bu yönde karar almasına ihtiyaç gösterecek;⁴⁶² anılan halde de bilançonun onaylanması ile kurucuların kâr payına ilişkin katılım haklarının alacak hakkına dönüşüp, eş zamanlı olarak talep edilebilir hale geldiğini savunmak mümkün olmayacaktır.

TTK md. 348, yalnızca birinci kanuni yedek akçenin ayrılmasına ilişkin hükme atıf yapmakta, bunun hemen ardından ise pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ayrılması gerektiğini ifade etmektedir. Önceki açıklamalarımızda, pay sahiplerine dağıtılabilecek kârın, TTK md. 523 düzenlemesi uyarınca, ‘net dönem kârı’ndan kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrıldıktan sonra kalan tutar olarak anlaşılması gerektiği sonucuna varılmıştı. Bahsi geçen saptama dikkate alındığında, TTK md. 348 hükmünde yalnızca birinci kanuni yedek akçe ayırımından bahsolunup, esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçelere değinilmemiş olması soru işareti yaratacak niteliktedir. Bu noktada kanun koyucunun, pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı hesaplanırken toplam tutardan indirilmesini öngördüğü meblağların, kuruculara verilecek kâr payı miktarının hesaplanmasında da ilgili tutardan düşülmesini amaçlayıp amaçlamadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Kanımızca, net dönem kârından birinci kanuni yedek

⁴⁶¹ *Kendigelen*, İntifa Senetleri, s. 64; *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 296; *Karacan/Erişir Karacan*, s. 236; *Gürbüz Usluel*, Kâr Payı, s. 132.

⁴⁶² *Karayalçın*, s. 64.

akçenin ayrılması her halükârda bir zorunluluk oluşturmaktadır (TTK md. 519/1, TTK md. 348, TTK md. 523).⁴⁶³ Ayrıca, pay sahipleri için yüzde beş kâr payı ayrılmasının kuruculara kâr dağıtımının ön koşulunu teşkil ettiğine (TTK md. 348/1) ve pay sahiplerine dağıtılacak kâr payının ancak kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrıldıktan sonra belirlenebileceğine (TTK md. 523/1) ilişkin TTK düzenlemelerinin de dikkate alınması gerekir. Açıklanan çerçevede, kuruculara kâr payı verilebilmesi için, öncelikle, birinci kanuni yedek akçenin yanı sıra esas sözleşmede gösterilen yedek akçelerin de ayrılması suretiyle, pay sahiplerine dağıtılacak kâr payının hesaplanacağı kar matrahının bulunması zorunluluk arz etmektedir. Dolayısıyla, kuruculara kâr payı dağıtılmadan önce, mevcut olduğu takdirde, esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçelerin de ayrılması gerektiği kabul edilmelidir.⁴⁶⁴ İlk esas sözleşmeyle, söz konusu ayrımların ardından, ancak kuruculara yapılacak dağıtım öncesinde, başka ayrımlar yapılmasının öngörülmesi de mümkündür.⁴⁶⁵ Ayrılması esas sözleşmeyle öngörülen isteğe bağlı yedek akçelere ve diğer ayrımlara ilişkin sonradan bir değişiklik yapılmak istenmesi halinde ise, kurucuların belirtilen ayrımlara katlanmaları için

⁴⁶³ Aynı yönde bkz. *Teoman*, İntifa Senedi, s. 231. Ayrıca *Moroğlu* (Kurucu İntifa Hakkı, s. 324, 325) esas sözleşme ile daha yüksek oranda bir birinci kanuni yedek akçe belirlenmesi halinde (TTK md. 521), md. 348 uygulamasında esas sözleşmede ifade edilen bu oranın dikkate alınacağını belirtmektedir.

Konuyu intifa senedi sahiplerinin kâr payı hakları bağlamında tartışan *Tekinalp (Tekinalp Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 711, 712 Nr. 1245, 1246, 1247), yedek akçelerin düşülmesine ilişkin sorunun anonim ortaklık ile intifa senedi sahipleri arasındaki sözleşmede çözüme kavuşturulmuş olması halinde, anılan çözümün dikkate alınacağını ifade etmekte (aynı yönde bkz. *Teoman*, İntifa Senedi, s. 225, 226), bununla birlikte, söz konusu halde dahi kanuni yedek akçenin istisna edilemeyeceğini öne sürmektedir.

⁴⁶⁴ *Tekinalp (Tekinalp(Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 711, 712 Nr. 1245, 1246, 1247), esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde baskın görüşün isteğe bağlı yedek akçe indiriminin sadece pay sahipleri için bir yüküm oluşturduğu yönünde olduğunu belirtmekte, bahis konusu tutumun, intifa senedi sahiplerinin haklarının şarta bağlı bir alacak olarak değerlendirilmesi sonucu ortaya çıktığına dikkat çekmekte, intifa senedi sahiplerinin bu derece ortaklık dışında kabul edilmelerini eleştirmekte ve ifade edilen görüşün ortaya çıkarılabileceği sorunlara değinmektedir.

⁴⁶⁵ *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 325.

onaylarının alınması gerekir; aksi halde bahsi geçen değişiklikler kendilerine karşı ileri sürülemezdir.⁴⁶⁶

Genel kurul kararıyla ayrılmasına karar verilen yedek akçelerin (olağanüstü yedek akçeler) ayırımından kurucuların etkilenip etkilenmeyeceği hususu tartışmalı olan bir diğer noktayı oluşturmaktadır. Kimi yazarlar, genel kurulun, sadece pay sahiplerine tahsis edilen kârdan yedek akçe ayırabileceği ilkesine istinaden, ilgili ayırmadan kurucuların etkilenmemesi gerektiği doğrultusunda görüş bildirmelerine karşın,⁴⁶⁷ esas sözleşmede açıkça istisna edilmedikleri sürece kurucu ve olağan intifa senedi sahiplerinin de söz konusu ayırma katlanmaları gerektiği, zira onların da ortaklık malvarlığına katılan kişiler olarak ortaklığın gelişimi ve istikrarlı kâr payı dağıtımında yararlarının bulunduğu görüşü de öğretilerde savunulmaktadır.⁴⁶⁸

Kanımızca, bahsi geçen hususun çözüme bağlanması için öncelikle olağanüstü yedek akçelerin ayrılacağı zamanın tespiti önem taşımaktadır. TTK md. 523 hükmü, kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kâr payının belirlenemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Bu aşamadan sonra, kâr payı alma hakkının pay sahipleri için alacak hakkı haline gelmesi ise, genel kurulun kâr dağıtımına ilişkin karar almasına bağlıdır (TTK md. 409/1).⁴⁶⁹ Kârın varlığı, genel kurulun bilançoju onaylaması ile kesinleşmekle birlikte, dağıtılabılır kârın pay sahibine ait kâr payı haline gelebilmesi, genel kurulun anılan hususta ayrıca karar almasını gerektirmektedir.⁴⁷⁰ eTTK md. 469/2 hükmünde, TTK md. 523/2 hükmüne nazaran daha açık bir dille ifade edildiği üzere, genel

⁴⁶⁶ *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 232.

⁴⁶⁷ *Erimez*, s. 155; *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 711 Nr. 1246.

⁴⁶⁸ *Teoman*, İntifa Senedi, s. 233.

⁴⁶⁹ *Tekil*, s. 493.

⁴⁷⁰ *Karayalçın*, s. 84.

kurul, pay sahiplerine dağıtılacak kâr payının tespiti sırasında başka yedek akçeler ayrılmasına karar verebilecektir. Yapılan açıklamalardan çıkarılabilecek sonuç, kâr payı alma hakkının kendileri lehine bir alacak hakkına dönüşebilmesi için genel kurulun kâr dağıtım kararına ihtiyaç duymayan kurucu ve olağan intifa senedi sahiplerinin (TTK md. 348/3), genel kurul tarafından kararlaştırılacak olağanüstü yedek akçelerin ayrımına katlanmak durumunda olmayacaklarıdır. Nitekim öğretide de olağanüstü yedek akçeler, kâr dağıtım sırasında, pay sahiplerine birinci kâr payı ile kâra katılan diğer kişilere yapılacak ödemeleri takiben anılmaktadır.⁴⁷¹

Kurucuların ve olağan intifa senedi sahiplerinin olağanüstü yedek akçe ayrımına katlanmalarının gerekmemesi, adı geçen kişilerin haklarının sözleşmesel niteliği ve bahis konusu haklarda, ilgili kişilerin rızası olmadan değişiklik yapılamayacağı ilkesi ile de bağdaşmaktadır.

Kurucu menfaati sahiplerine ödenecek kâr payı noktasında önem arz eden başka bir husus, 519/2.c bendinde, pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ‘ödendikten sonra’, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onunun ikinci kanuni yedek akçe olarak ayrılmasının öngörülmesidir. Anılan hüküm, öğretide birkaç noktada tartışmalara yol açmıştır. İlk aşamada, hükümdeki ‘ödendikten sonra’ ifadesinin anonim ortaklıklarda kâr elde edildiği takdirde pay sahiplerine her yıl asgari yüzde beş oranında kâr payı dağıtma zorunluluğu getirip getirmediği tartışması gündeme gelmektedir. İfade edilen tartışma, pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ‘ayrılması’ndan bahsolunan eTTK döneminde de mevcut olmakla

⁴⁷¹ Bkz. *Karyağdı*, s. 162, 163; *Canözü*, s. 87, 88; *Karshoğlu*, s. 101, 102.

birlikte,⁴⁷² hükmün yeni halinin, belirtilen doğrultuda bir zorunluluk öngörüldüğü tezini daha savunulabilir hale getirdiği düşünülebilecektir.⁴⁷³ Buna karşın, ‘Genel kanuni yedek akçe’ başlıklı TTK md. 519 hükmünün geneline bakıldığında, hükmün, kanuni yedek akçelerin hangi koşullarda ve ne oranda ayrılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, bahis konusu maddeyle, kâr dağıtımı hususunda emredici bir hüküm getirilmesinin amaçlandığını savunmak güçtür. Kanımızca, aksi görüşlerin mevcudiyetine rağmen, ilgili düzenlemeden, ortaklığın pay sahiplerine her yıl mutlaka yüzde beş oranında kâr payı dağıtması gerektiği yönünde bir kural çıkarmak mümkün olmamalıdır.⁴⁷⁴ Kaldı ki, TTK md. 348/3 hükmünde, “Dağıtılabilecek kâr mevcut ise, şirket kârın dağıtılmamasını kararlaştırmış olsa bile kurucu intifa sahipleri esas sözleşmede öngörülen kâr paylarını alırlar” demek suretiyle, kâr mevcut olmasına karşın ortaklığın kâr dağıtmamaya karar verebileceği hususu açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır. TTK md. 519/2.c düzenlemesi, ayrıca, anonim ortaklıkta ikinci kanuni yedek akçe ayırımına gidilebilmesi için, pay sahiplerine mutlaka yüzde beşi aşan bir oranda⁴⁷⁵

⁴⁷² ‘Ayrıldıktan sonra’ söz öbeğinin anlamına ilişkin tartışmalar için bkz. *Tekinalp*, Bilanço, s. 312 – 314.

eTTK döneminde, hükümdeki ‘ayrıldıktan sonra’ ifadesinin eleştirisi ve bunun mehz İBK’da düzenlendiği üzere, ‘ödedikten sonra’ biçiminde anlaşılması gerektiği hususunda bkz. *İmregün*, O.: “Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002 (Kâr Payı Hakkı), s. 417; *Domanıç*, H.: Anonim Şirketler, İstanbul 1978, s. 831, 832; *Tekinalp* (*Poroy/Çamoğlu*), Ortaklıklar Hukuku, s. 821 Nr. 1518.

⁴⁷³ eTTK döneminde zorunluluğun mevcut olduğu görüşü için bkz. *Domanıç*, Şerh II, s. 1526; *Karayalçın*, s. 82; *Tekinalp*, Bilanço, s. 314, 315; *Ulusoy*, s. 443. TTK döneminde aynı görüşte, *Tekinalp*, Yeni Hukuk, s. 353, 354 Nr. 14-35a; *Bahtiyar*, M.: Ortaklıklar Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2016 (Ortaklıklar Hukuku), s. 291, 292; *Karyağdı*, s. 214, 215; *Kishali*, Y.: Şirketler Muhasebesi, 16. Bası, İstanbul 2015, s. 138.

⁴⁷⁴ *Bozgeyik*, s. 641; *Yanlı*, s. 18-20; *Karacan/Erişir Karacan*, s. 225; *Karşlıoğlu*, s. 86, 87; *Canözü*, s. 112 (ancak karş. s. 79); *Gürbüz Usluel*, Kâr Payı, s. 91-96. eTTK döneminde aynı yönde bkz. *Arslanlı*, H.: Anonim Şirketler, IV. Kısım: Anonim Şirketin Hesapları, V. Kısım: Anonim Şirketin İnfisalı ve Tasfiyesi, İstanbul 1961 (Anonim Şirketler C. IV-V), s. 95.

⁴⁷⁵ Pay sahiplerine ayrılması gereken oranın hangi tutarın yüzde beşi olduğu hususunda eTTK döneminde öğretide gerçekleştirilen tartışmalar, ödenmiş sermayenin hesaplamaya temel oluşturacağı yönünde sonuçlanmıştır: *Tekinalp* (*Poroy/Çamoğlu*), Ortaklıklar Hukuku, s. 821 Nr. 1518; *Birsel*, Kâr Kavramı, s. 54; *Karayalçın*, s. 78, 79; *Yanlı*, s. 11, *Gürbüz Usluel*, Kâr Payı, s. 23, 24. Yazarların bu yorumu, TTK md. 511 hükmünde, yönetim kurulu üyelerinin kazanç paylarına ilişkin düzenlemede

kâr dağıtılmış olması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır.⁴⁷⁶ Buna göre, ikinci kanuni yedek akçe ayrımı yapılmadan dağıtılabilecek kârın üst sınırını oluşturan yüzde beş oranına ulaşıp ulaşılmadığının belirlenmesinde, yalnızca pay sahiplerine yapılan kâr dağıtımı dikkate alınacak; kâra katılan diğer kişilere yapılan ödemeler hesaba katılmayacaktır.⁴⁷⁷ Ancak, anılan görüşün temelinde;

- Kâr elde edilen her yıl birinci kanuni yedek akçe ayrımını takiben ödenmiş sermayenin yüzde beşi oranındaki kâr payının mutlaka pay sahiplerine temel kâr payı olarak ödenmesi gerektiği;⁴⁷⁸

- İkinci kanuni yedek akçe ayrımının, yalnızca, temel kâr payı ödemesini takiben pay sahiplerine ikinci kâr payı ve/veya kara katılan diğer kişilere kâr payı dağıtımına karar verilmesi hallerinde gündeme gelebileceği;⁴⁷⁹

- Pay sahiplerine asgari yüzde beş oranında kâr payı ödenmeden, ikinci kanuni yedek akçe ayrılmasını gerektiren diğer ödemelerin yapılamayacağı⁴⁸⁰

“pay sahiplerine ödenmiş sermayenin yüzde beşi oranında...” biçiminde açıkça söz konusu ölçütün gösterilmesi ile kanun koyucu tarafından da onaylanmış görünmektedir. Öte yandan, pay sahiplerine kâr payı ayrılması hususunu düzenleyen diğer ve konuya ilişkin daha temel hükümlerde anılan türde açık bir ifadenin tercih edilmemiş olması eleştiriye açıktır.

⁴⁷⁶ Arı, s. 513; Yanlı, s. 11; Karşoğlu, s. 86.

⁴⁷⁷ Karayalçın, s. 67; Tekinalp, Bilanço, s. 310; Gürbüz Usluel, Kâr Payı, s. 25.

⁴⁷⁸ Bahsi geçen görüş uyarınca, TTK md. 519/2.c (eTTK md. 466/2.3) hükmünde öngörülen yüzde beş oranındaki kâr payı, pay sahiplerine, ortaklığa koymuş oldukları sermaye için garanti edilmiş olup (Karayalçın, s. 78,79; Birsal, Kâr Kavramı, s. 54, 100; Bilgin, s. 143), konulan sermaye karşılığı verilen faiz niteliğini taşımaktadır (Karyağdı, s. 161).

⁴⁷⁹ Karayalçın, s. 67.

⁴⁸⁰ Yanlı, s.21. Yazar, kâr elde edilen her yıl mutlaka pay sahiplerine yüzde beş kâr payı ödenmesi gerektiği görüşünde olmamakla birlikte, ‘ikinci kanuni yedek akçe ayrılmasını gerektiren haller’ olarak nitelendirdiği hallerde (pay sahiplerine yüzde beşin üzerinde kâr payı ödenmesi veya diğer kişilere kârdan pay verilecek olması), pay sahiplerine birinci kâr payının ödenmesi gerekliliğinin doğacağı ileri sürmektedir. Manavgat (Manavgat(Kırca/Şehirali Çelik), AŞ C.1, s. 297) ise, ikinci kanuni yedek akçe ayrılmasına ilişkin temel kuralın, pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payının ödenmesi olduğu görüşünü savunmakla birlikte, TTK md. 348/3 hükmünü de göz ardı etmemekte; pay sahiplerine kâr payı dağıtılmamasına karar verildiği hallerde, kurucu ve intifa senedi sahiplerine ödemenin yapılacağı kâr matrahı belirlenirken öncelikle yüzde beşin kârdan düşülmesi ve ardından ikinci kanuni yedek akçenin ayrılması gerektiğini ifade etmektedir. Kanımızca anılan ikinci görüş, TTK md. 348/3 hükmünü de değerlendirme kapsamına almak suretiyle bağdaştırıcı bir çözüm ortaya koyması nedeniyle daha yerindedir.

düşüncelerinin yer aldığı hususu dikkate alınmalıdır. Zira aksi halde, hükümde öngörülen yüzde beş oranının hesaplanmasına, pay sahipleri ile kâra katılan diğer kişilere dağıtılacak olan toplam kârdan yalnızca pay sahiplerine ödenecek miktarın dâhil edileceğinin savunulduğu sonucuna varılabilecektir. Belirtilen sonuç ise, yedek akçe ayrımının amaçları ile bağdaşmayan bir yoruma vücut vermektedir: Yedek akçeler, gelecek yıllardaki zarar olasılığı, beklenmeyen kayıp veya masraflara karşı tedbirli olma amacına ve istikrarlı kâr payı dağıtımını mümkün kılarak ortaklığın devamlılığı ilkesine hizmet etmektedir.⁴⁸¹ Anonim ortaklık, yedek akçeler aracılığıyla, esas sermayeyi aşan miktarda malvarlığı değerini ortaklıkta bulundurmak suretiyle malvarlığının temelini güçlendirir. Bu bağlamda, yedek akçelerin oluşturulmasını konu alan kanuni düzenlemeler, anonim ortaklığın malvarlığının korunmasına ilişkin hükümleri tamamlayıcı niteliği haizdir.⁴⁸² Dolayısıyla hem ortaklığın, hem pay sahiplerinin, hem de ortaklık alacaklılarının korunması anlamında önem taşıyan yedek akçelerin ve özellikle bunlardan kanuni olarak zorunlu tutulanların ayrılması hususunda, yalnızca pay sahiplerine yüzde beş

SerPK md. 19/2 hükmü, halka açık anonim ortaklıklar bağlamında, hem intifa senedi sahiplerine yönelik olarak bir kâr dağıtım kararı alınması gereğine (ve dolayısıyla TTK sisteminde öngörülenin aksine, kâr gösteren bilançonun kesinleşmesinin hak sahiplerinin alacaklarını muaccel hale getirmeyeceğine) işaret etmekte, hem de ilgili kişilere ödemenin gerçekleştirilebilmesi için öncelikle pay sahiplerine ödeme yapılmasına ihtiyaç bulunduğunu ifade etmektedir. Söz konusu düzenleme, pay sahiplerine kâr payı dağıtılmasını zorunlu kılmamakla birlikte, halka açık anonim ortaklıklarda kurucu ve intifa senedi sahiplerine kâr dağıtımının yapılabilmesinin ön koşulunu, pay sahiplerinin kâr paylarının ödenmesi biçiminde belirlemektedir. Dolayısıyla, pay sahiplerine kâr payı ödenmemesine karar verilse dahi, kurucu intifa senedi sahiplerinin esas sözleşmede öngörülen kâr paylarını alacaklarına ilişkin TTK md. 348/3 hükmü, halka açık anonim ortaklıklarda uygulanamayacaktır (*Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 297, 298). Adı geçen SerPK hükmünü tekrar eden Kâr Payı Tebliği md. 5, bahsi geçen SerPK hükmünden farklı olarak, “TTK’nın 348 inci maddesinin birinci fıkrası ve üçüncü fıkrası hükümleri saklıdır.” ifadesini de içermektedir. Kanun’da yer almayan bu düzenlemenin, Tebliğ hükmü ile getirilmiş olması, Tebliğ hükmünün hukuka uygunluğunu tartışmalı hale getirmektedir. Aynı yönde bkz. *Manavgat*, HAAO, s. 512. Tebliğ düzenlemesi uyarınca TTK md. 348/3 hükmünün halka açık anonim ortaklıklarda da uygulanması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. *Karacan/Erişir Karacan*, s. 236; *Gürbüz Usluel*, Kâr Payı, s. 134. Anılan son yazar, Tebliğ hükmünün SerPK’ya aykırı olduğunun altını çizmekle birlikte, hüküm yürürlükte bulunduğu sürece, halka açık anonim ortaklık kâr dağıtımına bile kuruculara kârdan pay verilmesinin mümkün olacağını belirtmektedir.

⁴⁸¹ *Tekil*, s. 488, 449; *Arı*, s. 511; *Kishali*, s. 138.

⁴⁸² *Pulaşlı*, Şerh C. II, s. 1892.

oranının üzerinde kâr dağıtımını yapıldığı takdirde ikinci kanuni yedek akçe ayırımına gidilmesi gerekeceği şeklinde bir yorum yapılması, malvarlığının korunması ve dolayısıyla emredici hükümler ilkeleri ile çelişecektir. Zira kurucu ya da diğer kişilere kârdan pay verilen hallerde de, gerçekleşen nakit çıkışının karşılığında belirli bir miktarın yedek akçelere ayrılması, en az pay sahiplerine yapılan ödemelerde olduğu kadar bir gerekliliktir. Malvarlığının korunması bağlamında, ödenmiş sermayenin yüzde beşini aşan ödemenin pay sahiplerine mi yoksa kâra katılan diğer kişilere mi yapıldığının bir önemi olmasa gerektir. TTK md. 519/2.c hükmünün mehzazını oluşturan İBK md. 671/2 düzenlemesinin üçüncü bendi, İsviçre öğretisinde şu şekilde yorumlanmaktadır: İlgili faaliyet dönemi sonunda anonim ortaklık, ödenmiş sermayenin⁴⁸³ yüzde beşine karşılık gelen miktardan daha fazla bir kâr dağıtımını gerçekleştirecek olursa, bu halde ikinci kanuni yedek akçenin ayrılması bir zorunluluk arz eder. Kâr dağıtımına ilişkin olarak Kanun tarafından öngörülen bahis konusu sınırın aşılması, pay sahiplerine daha yüksek oranlarda kâr dağıtılması sonucu gerçekleşebileceği gibi, kurucu menfaati, intifa senedi ya da imtiyazlı pay senedi sahiplerine veya yönetim kurulu üyelerine kâr dağıtılması nedeniyle de gündeme gelebilecektir.⁴⁸⁴ İBK md. 671/2, 3. bent hükmüne ilişkin İsviçre öğretisinde yapılan değerlendirmelerde vurgulanan başlıca iki husus, yüzde beş olarak öngörülen oranın ödenmiş sermayeye göre hesaplanacağı (İBK md. 661 -TTK md. 508/1- hükmüne paralel olarak) ve dağıtılan toplam kârın (pay sahipleri ve kâra katılan diğer kişilere) bu hesaplama sonucu ortaya çıkan miktarı aşması halinde,

⁴⁸³ Bockli (s.1515, Nr. 525b), ‘ödenmiş sermaye’ ölçütü yerine ‘itibari değer’ ölçütünü temel almaktadır.

⁴⁸⁴ Neuhaus/Balkanyi, s. 697, Art. 671, Nr. 11,12; Bockli, s. 1515, Nr. 525b; Imark/Lipp, s. 507, Art. 671 Nr. 6,7; Meister, T.: OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht (Hrsg.: Kostkiewicz, J.K., Nobel, P., Schwander, I., Wolf, S.), Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2009, s. 1434, Art. 671 Nr. 3. Ayrıca bkz. eTTK ile İBK arasındaki bu farka dikkat çeken Tekinalp, Bilanço, s. 308, 309.

artan tutarın yüzde onunun ikinci kanuni yedek akçeye ayrılması gerektiğidir. Yani İBK md. 671/2, 3. bent hükmünde geçen ‘pay sahiplerine yüzde beş kâr payı’ ifadesiyle, yüzde beş oranındaki kârın ödenmiş sermaye temel alınarak belirleneceği ve ‘ödendikten sonra’ ifadesiyle de, bu hesaplama ile elde edilen miktarı aşan bir kâr dağıtımı gerçekleştirileceği takdirde ikinci kanuni yedek akçe ayırma zorunluluğu doğacağı kurallarının getirildiği yorumu yapılmaktadır.⁴⁸⁵ Dolayısıyla, kanımızca, ‘Pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı’ ifadesi, burada, yalnızca, ikinci kanuni yedek akçe ayrılmaksızın dağıtılabilecek azami kâr miktarının belirlenmesi amacını taşıyan bir ölçüt görevini görmektedir. Gerçekleştirilen açıklamalardan şu çıkarımların yapılması mümkündür: İBK, ikinci kanuni yedek akçe ayrılmaksızın, en çok ödenmiş sermayenin yüzde beşine karşılık gelecek oranda kâr payı ödenmesine olanak tanımaktadır.⁴⁸⁶ Eğer faaliyet dönemi sonunda, anonim ortaklık, pay sahiplerine toplamda bu üst sınırı geçen miktarda kâr payı ödemesi yapacak olursa, sınırı aşan miktarın yüzde onuna karşılık gelen tutarın, ikinci kanuni yedek akçe olarak ayrılması gerekir.⁴⁸⁷ Pay sahiplerine ödenmiş sermayenin yüzde beşine karşılık gelen miktarın altında bir kâr dağıtımı yapılmış olmasına karşın, kâra katılan diğer kişilere yapılan kâr payı ödemeleri ile birlikte dağıtılan toplam tutar, ödenmiş sermayenin yüzde beşini aşar ise, bu halde de yine sınırı aşan toplam miktarın yüzde

⁴⁸⁵ İBK md. 671/2 3. bent hükmünün yazılışının, yüzde beş oranına kâra iştirak eden diğer kimselere dağıtılacak kâr paylarının dâhil olup olmadığı konusunda tartışmalar yol açtığını, ancak yüzde beşin yalnız pay sahiplerine ilişkin olduğu görüşünün tercih edilmesi gerektiği hususunda bkz. *Bürgi, W.:* Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Zürich 1957, s. 104 – 106. Ancak yazar bu kaniya, böyle bir yorumun, pay sahiplerine yüzde beş oranında birinci kâr payı garantisini ortadan kaldıracağı gerekçesiyle karşı çıkmaktadır. Bu çalışmada ise zaten, Kanun tarafından, pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödenmesi zorunluluğu öngörülmüş olduğu görüşü benimsenmemektedir.

⁴⁸⁶ *Neuhaus/Balkanyi*, s. 697, Art. 671, Nr. 12.

⁴⁸⁷ *Imark/Lipp*, s. 507, 508, Nr. 8. Esas sözleşmede pay sahiplerine daha yüksek oranda bir kâr dağıtımı öngörülse dahi, ikinci kanuni yedek akçe matrahı hesaplanırken yüzde beş oranının dikkate alınacağı hususunda Türk hukukunda bkz. *Birsel*, Kâr Kavramı, s. 54; *Tekinalp*, Bilanço, s. 318; *Yanlı*, s. 21; *Karyağdı*, s. 234.

onu oranında ikinci kanuni yedek akçe ayrılması gerekecektir.⁴⁸⁸ Bununla birlikte, eğer dağıtılan toplam kârın tutarı, ödenmiş sermayenin yüzde beşinin altında kalırsa, pay sahiplerinin yanı sıra kâra katılan diğer kişilere de ödeme yapılmış olsa dahi, ikinci kanuni yedek akçenin ayrılmasına gerek kalmayacaktır. Yukarıda anılan İBK hükmünün mehzaz niteliğinden hareketle, TTK md 519/2.c düzenlemesinin, İsviçre öğretisindeki yoruma paralel olarak, ödenmiş sermayenin yüzde beşine göre hesaplanmak suretiyle ikinci kanuni yedek akçe ayrılmadan önce dağıtılabilecek azami kâr miktarının belirlenmesinin ardından, dağıtılan toplam kârın bu miktarı aşan kısmının yüzde onunun ikinci kanuni yedek akçe olarak ayrılması gerektiği şeklinde anlaşılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.⁴⁸⁹ Öte yandan, bahis konusu değerlendirme, kârdan pay alma sırası bakımından kurucu ve intifa senedi sahiplerinin haklarının, (dağıtılmasına karar verildiği takdirde) pay sahiplerinin birinci kâr payı haklarından sonra geldiğinin kabul edilmediği anlamına gelmemektedir. Burada yalnızca, kâr dağıtım sırasına ilişkin sözü geçen kuralın kaynağını TTK md. 519/2.c hükmünün oluşturmadığı savunulmaktadır. Kanımızca, TTK md. 348/1 hükmünde yer alan ‘pay sahiplerine yüzde beş kâr ayırma’ ifadesi, malvarlığının korunması ilkesi çerçevesinde, kurucu ve intifa senedi sahiplerine dağıtılacak kârın belirlenmesinde esas alınacak matrahın tespitine hizmet etmenin⁴⁹⁰ yanı sıra, aynı zamanda kâr payı dağıtım sırasını ortaya koymaktadır: Buna göre, ilgili faaliyet dönemi sonunda pay sahiplerine kâr dağıtılsın ya da dağıtılmasın, öncelikle ödenmiş sermayeye göre hesaplanacak yüzde beş oranındaki kârın, TTK md. 519/1 ve TTK md. 348/1 hükümleri uyarınca, birinci kanuni yedek akçenin hâlihazırda ayrılmış bulunduğu kâr matrahından düşülmesi gerekecektir. Böylece,

⁴⁸⁸ *Imark/Lipp*, s. 507, Art. 671, Nr. 8.

⁴⁸⁹ eTTK md. 466/2, 3. bent bağlamında aynı yönde bkz. *Arslanlı*, Anonim Şirketler C. IV-V, s. 94.

⁴⁹⁰ Aynı yönde bkz. *Ulusoy*, s. 402.

hem o dönem pay sahiplerine kâr dağıtılmasa dahi yüzde beş oranındaki kâr payı kendileri için gelecek döneme (geçmiş dönem kârı olarak) aktarılmak suretiyle pay sahiplerinin hakları korunacak, hem de ortaklığa karşı üçüncü kişi konumunda bulunan kurucu ve olağan intifa senedi sahiplerine dağıtılacak kârdan söz konusu oranda bir indirim yapılmış bulunması sonucu, ortaklık malvarlığının korunmasına katkıda bulunulacaktır. TTK md. 348/1 hükmünden, ayrıca, pay sahiplerine kâr dağıtılmasına karar verildiği takdirde, öncelikle bu ödemenin gerçekleştirilmesi gerektiği, yalnızca pay sahiplerine kâr paylarının verilmesini takiben kâra katılan diğer kişilere kâr dağıtımının mümkün olacağı anlaşılmaktadır. Pay sahiplerine yüzde beş oranının altında kâr dağıtılacak olması durumunda da öncelikle ilgili ödeme yapılacak; fakat bunu takiben diğer kişilere ödemenin gerçekleştirileceği kâr matrahı belirlenirken kârdan düşülmesi gereken miktar bakımından, yine yüzde beş oranı esas alınacaktır. Zira burada verilen ‘yüzde beş’ ölçütü de, TTK md. 519/2.c hükmündeki yüzde beş oranının ikinci kanuni yedek akçenin ayrılacağı kâr matrahının belirlenmesi bağlamında gerçekleştirdiği göreve⁴⁹¹ benzer şekilde, kurucu ve olağan intifa senedi sahiplerine kârın dağıtılacağı matrahın hesaplanması için bir anahtar fonksiyonunu haiz bulunmaktadır. Dolayısıyla TTK md. 348/1 hükmünde belirtilen yüzde beş oranı, kurucu ve intifa senedi sahiplerine kâr dağıtımı yapılmadan önce gerçekleştirilmesi gereken asgari ayrımı ortaya koymaktadır. Pay sahiplerine yüzde beş oranının üzerinde bir kâr dağıtılmış olduğu takdirde, kurucu ve intifa senedi sahiplerine dağıtımın yapılacağı kâr matrahı belirlenirken, pay sahiplerine hangi yüzdede ödeme yapıldıysa o miktarın kârdan düşülmesi söz konusu olacaktır; çünkü TTK md. 348 hükmü aynı zamanda kâr dağıtım sırasını

⁴⁹¹ *Birsel*, Kâr Kavramı, s. 54; *Tekinalp*, Bilanço, s. 318; *Yanlı*, s. 21; *Karyağdı*, s. 234.

belirlediğinden, pay sahiplerine öncelikli olarak hangi oranda kâr payı dağıtılmışsa, kurucu ve olağan intifa senedi sahipleri ancak söz konusu dağıtımdan arta kalan miktar üzerinde hak sahibi olabileceklerdir. Açıklanan çerçevede, TTK md. 519/2.c hükmünün, pay sahipleri ile kâra katılan diğer kişiler arasında kâr dağıtımının sırasını belirleyen bir nitelik göstermediği; yalnızca, madde başlığı ile de uyumlu olacak şekilde, kanuni yedek akçelerin ayrılmasının sırası ve koşullarıyla, bunların kullanım alanlarını belirleyen bir işlev yerine getirdiği kanaatindeyiz.⁴⁹² Pay sahiplerinin, kâr dağıtım sırasında diğer kâra katılanlara kıyasla hangi konumda bulundukları ve anılan ikinci grup hak sahiplerinin kâra katılımların hangi koşullar altında gerçekleşebileceği hususları ise, kurucu ve intifa senedi sahiplerinin kâr paylarında (TTK md. 348) ve yönetim kurulu üyelerinin kazanç paylarında (TTK md. 511) olduğu gibi, ilgili kâra katılım türlerinin düzenlendiği özel hükümlere göre tespit edilebilmektedir. Burada dikkati çeken bir husus, yönetim kurulu üyelerinin kazanç payları açısından kurucu ve olağan intifa senetlerine nazaran bir fark bulunduğu ve kazanç paylarının, gerçekten de, ancak pay sahiplerine yüzde beş veya daha fazla oranda kâr payının ‘ödenmiş’ olması halinde verilebileceğidir. Zira TTK md. 511 hükmü, TTK md. 348/1 düzenlemesindeki ‘ayırma’dan farklı olarak, pay sahipleri için gerçekleştirilmesi gereken öncelikli bir kâr ‘dağıtımı’ndan söz ettiği gibi, bahis konusu ifadenin çağrıştırdığının aksine işaret edecek, TTK md. 348/3 hükmündekine benzer bir düzenleme de içermemektedir. Anılan değerlendirmeler ışığında, eTTK md. 466/2 hükmünün üçüncü bendindeki ‘ayırılma’ ifadesinin, TTK md. 519/2.c hükmünün amaçları çerçevesinde yerinde olarak ‘ödenme’ biçiminde değiştirilmesine karşın, TTK md. 348 düzenlemesinin “pay sahipleri için yüzde beş

⁴⁹² Aynı yönde bkz. *Bilgin*, s. 152.

kâr payı ‘ayrıldıktan sonra’ ... ” biçiminde korunmasının bilinçli bir tercihi yansıttığı kanaatinde olduğumuzu da belirtmek isteriz.⁴⁹³

Anonim ortaklık kârından pay alma biçiminde tezahür eden kurucu menfaati hususunda yapılması gereken bir diğer tartışma, kuruculara dağıtılacak kârın hesaplanmasına temel oluşturacak miktardan ikinci kanuni yedek akçenin düşülüp düşülmeyeceği biçiminde ortaya çıkmaktadır. Öğretide kimi yazarlar bu soruyu olumlu cevaplandırırken,⁴⁹⁴ kimileri aksi görüşü savunmaktadır.⁴⁹⁵ Kanımızca, kârdan pay alma hakkı tanınan kurucuların, ortaklığın kârına katılan kişiler olmalarından hareketle, kendilerine dağıtılacak kâr payının belirleneceği kâr matrahından ikinci kanuni yedek akçenin de düşülmesi uygun olacaktır.⁴⁹⁶

Tüm öncelikli ayrımlar gerçekleştirildikten sonra, kalan meblağdan kuruculara hangi oranda kâr payı ayrılacağı hususu esas sözleşmede gösterilmelidir.⁴⁹⁷ Özellikle TTK

⁴⁹³ Aksi yönde bkz. *Yanlı*, s. 21, 22.

⁴⁹⁴ *Domanıç*, Anonim Şirketler, s. 1052; *Karayalçın*, s. 79; *Erimez*, s. 158.

⁴⁹⁵ *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 325; *Bozgeyik*, s. 639, 640.

⁴⁹⁶ İkinci kanuni yedek akçe ayrılırken yalnızca dönem net kârının değil, geçmiş yıllardan aktarılan kârlar ile serbest yedek akçelerin çözülmesi suretiyle dağıtılacak kârların da dikkate alınması gerektiği, anılan şekilde tespit edilecek toplam kârın onda birinin yedek akçeye ayrılacağı hususunda bkz. *Karayalçın*, s. 67; *Tekil*, s. 493; *Tekinalp*, Bilanço, s. 304, 305. *Moroğlu* (Sermaye Artırımı, s. 216, dn. 300) ise çözülen serbest yedek akçeleri bu kapsamda saymamakla birlikte, geçmiş yıl kârlarının yanı sıra sermaye azaltılmasından kayıtlara göre doğması muhtemel kârı da ilgili ayrıma temel olacak kâr matrahı içinde ifade etmektedir.

⁴⁹⁷ Aynı yönde bkz. *Birsel*, Senetler, s. 653.

İsviçre hukukunda *Küchler* (s. 56, 61, 62), kuruculara kârın belli bir yüzdesinin tanınması halinin İBK md. 628/3 bağlamında ‘kurucu menfaatleri’ kapsamında değerlendirilemeyeceğini öne sürmektedir. Yazar, görüşünü, menfaatin ‘değerinin’ esas sözleşmede gösterilmesi zorunluluğu, belirlenebilir bir değeri olmayan menfaatlerin ortaklıktan kontrolsüz bir malvarlığı çıkışına neden olacağı ve kurucular beyanında yer alması gereken ‘yerindelik/orantılılık’ açıklamasını imkânsız kılacağı hususlarıyla, ortaklığın bu tarz bir borç üstlenmesinin ödenmiş sermayeye bir yük getirmeyeceği (yazar, ilgili hükmün, ortaklığa getirilen sermayenin korunması amacına hizmet ettiği görüşündedir) gerekçelerine dayandırmaktadır. Buna göre, yalnızca kâra esas sözleşmede miktar olarak belirlenmiş bir katılımın öngörülmesi halinde adı geçen hüküm kapsamında bir özel menfaatten bahs olunabilecektir. Öte yandan yazar, ortaklıkla kurucu arasındaki sözleşmede kurucuların kâra oransal bir katılımının da öngörülebilmesinin mümkün olduğunu ifade etmekte, hatta bu halde nitelikli kuruluşa ilişkin hükümlere uyma zorunluluğunun dahi bulunmayacağını, sözleşmenin geçerliliği için genel

sisteminde kurucuların kâr paylarını alabilmelerinin genel kurulun kâr dağıtım kararı almasına bağlı olmadığı hükme bağlanmış bulunduğundan (TTK md. 348/3), kârın varlığı halinde kurucuların “...esas sözleşmede öngörülen kâr paylarını...” alabilmeleri için esas sözleşmede söz konusu belirlemenin yapılmış olması gerekir. Bu bağlamda, kâr paylarının kurucular arasında ne şekilde dağıtılacağı belirlenmiş olması dahi bir gereklilik olarak kendini göstermektedir.⁴⁹⁸ eTTK döneminde, kuruculara ayrılacak oranın gösterilmemiş olması halinde, bunun, yüzde on üst sınırı geçilmemek koşuluyla genel kurul tarafından belirleneceği ifade edilmişti.⁴⁹⁹ TTK döneminde de, pay sahiplerine kâr dağıtmama kararı almış olsa dahi, genel kurulun kuruculara ödenecek kâr payının oranını belirlemesine kanuni bir engel bulunmamaktaysa da, böyle bir yorum, kurucuların kâr paylarına ortaklık iradesine bağımlı olmaksızın kavuşabilmelerini hedefleyen TTK md. 348/3 hükmünün amacı ve düzenlemesiyle bağdaşmayacaktır.

TTK md. 502/1 hükmünün son cümlesinin, olağan intifa senetleri aracılığıyla tanınabilecek kâr payı hakkına ilişkin olarak TTK md. 348/1 hükmündeki sınırlamaya atıf yapması, eTTK döneminde, kuruculara ve sermaye artırımında lehine menfaat tanınacak taahhüt sahiplerine, söz konusu hakkın tanınacağı oran

hükümlerde öngörülen kanuni sınırlara uyulmasının yeterli olacağını belirtmektedir. Hükmün ortaklık sermayesinden ziyade malvarlığının korunmasına hizmet ettiği görüşümüz ve kurucular beyanındaki gerekçelendirme zorunluluğu bağlamında bu çalışmada yapılan değerlendirmeler uyarınca, yazarın öngördüğü ayrıma ve takip eden görüşlerine katılma olanağı bulamıyoruz.

Türk hukukunda da kurucu menfaatinin kârdan belli bir yüzdenin yanı sıra sabit bir miktar olarak da belirlenebileceği hususunda bkz. *Domaniç*, Şerh II, s. 1069; *Erimez*, s. 154, 155.

⁴⁹⁸ eTTK döneminde yapılan, kurucu menfaatlerinin nasıl dağıtılabilceğinin esas sözleşmeyle öngörülebileceği gibi, yine esas sözleşme ile dağıtımın gerçekleştirilmesinin başka bir kişi ya da organa bırakılmasının da mümkün olduğu yönündeki görüşler için bkz. *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 483; *Ülgen*, s. 105. Kanımızca, TTK uyarınca kurucuların, kâr payına ilişkin alacak haklarının bilançonun onaylanması ile muaccel olması karşısında, bahis konusu görüşün savunulabilirliği tamamen ortadan kalkmış bulunmaktadır.

⁴⁹⁹ *Doğanay*, s. 872; *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 325.

bakımından gündeme gelen, yüzde onluk üst sınırın (eTTK md. 298/1) ne şekilde yorumlanacağı sorununa yeni bir boyut getirmektedir. Belirtilen sınırın, kurucu intifa senetleri dâhil, ortaklıkça çıkarılacak tüm intifa senetlerini kapsayan bir üst sınır mı olduğu, yoksa kurucu intifa senetleri için ayrı, olağan intifa senetleri için ayrı olarak mı değerlendirilmesi gerektiği tartışılabilir. Kurucu intifa senetleri ve olağan intifa senetleri için ayrı ayrı değerlendirme yapılacağı varsayılsa bile, bu defa da, söz konusu sınırın farklı grup olağan intifa senetleri için ayrı ayrı uygulanmasının mümkün olup olmayacağı sorgulanabilecektir.⁵⁰⁰ Gerçekten Kanun anılan sorunun çözümü bakımından herhangi bir yönlendirmede bulunmamaktadır. TTK md. 348/1 hükmünün, “kalanın en çok onda biri intifa senetleri bağlamında kuruculara ödenir” biçimindeki açık ifadesi karşısında, bahsi geçen yüzde onluk sınırın, hem kurucu hem olağan intifa senetlerini kapsayacak biçimde değerlendirilemeyeceği kanısındayız.⁵⁰¹ Öte yandan, olağan intifa senetleri için ayrıca dikkate alınması gereken yüzde onluk sınırın, farklı grup olağan intifa senetleri açısından ayrı ayrı dikkate alınması, TTK md. 502/1 hükmünde yapılan atıfla getirilen sınırlandırmayı anlamsız kılacak derecede geniş bir yoruma sebebiyet vereceğinden, bu doğrultuda bir ayırım yapılmaması kanımızca hükmün amacına daha uygun düşecektir. Sonuç olarak, TTK md. 348/1 hükmü ile getirilen ve TTK md. 502/1 atfı nedeniyle olağan intifa senetleri için de geçerli olan, pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ayrılmasını takiben arta kalan kârın ‘en çok onda birinin’ hak sahiplerine dağıtılabileceğine ilişkin sınır, kurucu intifa senetleri için ayrı ve bir bütün olarak olağan intifa senetleri için ayrı yüzde onluk sınırlar olarak anlaşılmalıdır.

⁵⁰⁰ *Kendigelen*, İntifa Senetleri, s. 67.

⁵⁰¹ *Manavgat (Manavgat/Kırca/Şehirli Çelik)*, AŞ C.1, s. 293), yüzde onluk dilimin kurucular için belirlenmiş olduğunu, olağan intifa senetlerine verilecek kâr payı hesaplanırken yüzde onluk sınırın uygulanmayacağını ve kurucuların kâr payı matrahına olağan intifa senetleri için hesaplanacak kâr payının dâhil edilmeyeceğini ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. *Gürbüz Usluel*, Kâr Payı, s. 130.

b. Kuruculara Dağıtılacak Kâr Payının Ortaklığın İlk Esas Sermayesi ile Sınırlı Olup Olmadığı Sorunu

eTTK döneminde, 298. maddenin ikinci cümlesinin gerek tek başına, gerekse 402/2 hükmü ile birlikte değerlendirilmesi sonucunda, kurucu intifa senetleri aracılığı ile sağlanacak kâr payının daima ilk esas sermaye temel alınarak mı, yoksa ilgili orana karşılık gelen miktarın sermaye artırımları ile artırılan esas sermaye tutarlarına göre mi hesaplanacağı tartışma konusu olmuştur. Doksanlı yılların başında Yargıtay'ın görüşü, kurucu intifa senedi kaynaklı kâr payı alma haklarının, esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, ilk esas sermaye tutarı ile sınırlı olduğu yönündeydi.⁵⁰² 1993 yılında ise Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, kurucu intifa hakkı sahiplerine kâr payı kuruluş sermayesine karşılık gelen safi kâra göre değil de sermaye artırımları ile ulaşılan son sermayeye göre ödenmişse, ortaklık ile hak sahipleri arasında zımni bir akdi bağ kurulmuş olacağını, dolayısıyla artık kâr paylarının son ödemeye temel alınan sermaye miktarı üzerinden hesaplanacağını ifade etmiştir.⁵⁰³ İkibinli yıllar itibariyle Yargıtay, kurucu intifa senedi sahiplerine dağıtılacak kâr payının ilk esas sermaye ile sınırlı olmadığı, dağıtım tarihindeki esas sermayeye göre hesaplanması gerektiği görüşünü benimser görünmektedir.⁵⁰⁴

⁵⁰² Yargıtay 11 HD, T. 10.6.1992, E. 1990/7788, K.1992/7569 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 15.7.2016); Yargıtay 11 HD, T. 9.2.1993, E. 6781, K. 792 (Eriş, s. 128, 131). Ayrıca bkz. anılan hususa dikkat çeken, *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 326; *Teoman*, Kâr Payı, s. 83.

Öğretide *Ülgen* (s. 105) bahsi geçen görüşü savunmakta olup; *Domaniç* (Şerh II, s.1072) ise, esas sözleşmeye kurucuların artan esas sermayeye karşılık gelen kârlardan yararlandırılabilmesine ilişkin bir hükmün dahi konulamayacağını, 'aksini kararlaştırma'nın mümkün olmayacağını ifade etmekte idi. Kurucuların kâr payı hakkının ilk esas sermaye ile sınırlı olmadığı yönündeki görüşler için bkz. *İmregün*, Anonim Ortaklıklar, s. 389, 390; *Tekil*, s. 455; *Teoman*, Kâr Payı, s. 90-101.

⁵⁰³ Yargıtay 11. HD, T. 1.4.1993, E. 7645, K. 2018 (Eriş, s. 131-133).

⁵⁰⁴ Yargıtay 11. HD, T. 31.5.2001, E. 2001/3163, K. 2001/4878; Yargıtay 11 HD, T. 6.3.2014, E. 2012/13805, K. 2014/4298 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 15.7.2016).

Menfaat sahiplerine kuruluş sermayesine göre kâr payı dağıtılacağı görüşünün dayanakları ana hatları ile aşağıdaki gibi sıralanabilir: Öncelikle, eTTK 402. maddede yer alan, ‘yalnızca ilk esas sözleşme ile öngörülebilme’ koşulunun anılan türde bir yoruma müsait olduğu üzerinde durulmuş; buna bağlı olarak, kazançtan pay alma haklarının sadece ilk esas sermaye tutarı bakımından kazanılmış (müktesep) hak niteliğinde olduğu öne sürülmüştür.⁵⁰⁵ Böylece kurucuların sermaye artırımı sonrasında kâr payında meydana gelen artıştan yararlanmamalarına ilişkin bir genel kurul kararı geçerli olacak; söz konusu kararın geçerliliği için kurucu intifa senedi sahiplerinin onaylarının alınmasına ihtiyaç bulunmayacaktır. Ayrıca, kurucu intifa senedi sahiplerinin kâr payı kazançlarının, sermaye artırımla artan esas sermayeye oranla belirlenmesinin, ilgili kişilerin sermaye artırımı aşamasında hiçbir emekleri geçmemesine rağmen kendilerine yarar sağlamak olacağı,⁵⁰⁶ bunun kuruluş amacına ters düşeceği ve sermaye koyarak pay sahibi olacak kişilerin kârdan alacakları payı

⁵⁰⁵ *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 487; *Domanıç*, Şerh II, s. 1071. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, T. 19.4.1985, E. 85/158, K. 85/2344; Yargıtay 11. HD, T. 10.6.1992, E. 1990/7788, K. 1992/7569 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 15.7.2016). Kazanılmış (müktesep) hak görüşü, eTTK md. 385 hükmünün pay sahipleri için öngörülmüş olduğu, intifa senedi sahiplerinin bahis konusu senetlere sahip olmaları dolayısıyla pay sahibi sıfatı kazanamayacakları, bu nedenle senet sahiplerinin müktesep haklarından bahsedilemeyeceği yönünde birçok yazar tarafından haklı olarak eleştirilmiştir: *Teoman*, Kâr Payı, s. 92 (ancak yazar, kurucuların da pay sahipleri olmalarından hareketle, haklarının ‘müktesep hak’ olarak nitelendirilebileceği savını da dikkate almaktadır); *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 333; *Ülgen*, s. 121; *Tekinalp* (*Poroy/Çamoğlu*), Ortaklıklar Hukuku, s. 701 Nr. 1217. Anılan son yazar, ayrıca (*Tekinalp* (*Poroy/Çamoğlu*), Ortaklıklar Hukuku, s. 517 Nr. 869c), bir hakkın müktesep olabilmesi için o hakkın ortaksal nitelik taşıması gerektiği, pay sahibine, bu sıfatı dolayısıyla tanınmış olması gerektiğini vurgulamaktadır.

Türk öğretisi ve yargı kararları uyarınca kurucu intifa senetlerinin mahiyetine değinen *Akdağ Güney* (Kuruluş, s. 169), ortaklık ile kurucu arasında *sui generis* bir sözleşmenin varlığının kabul edildiğini belirtmekle birlikte, kurucu intifa senedi ile sağlanan menfaatlerin, hak sahiplerinin tek tek rızaları olmaksızın anonim ortaklık genel kurulu kararı ile sınırlanamayacak ve kaldırılamayacak olmalarını yine ‘müktesep hak’ doktrini ile açıklamaktadır.

Anonim ortaklıklar bağlamında Kanun’da müktesep haklara ilişkin bir düzenleme yapılması gerekirse, bunun esas sözleşmede yer alan ve pay sahipleri ya da alacaklılar lehine ortaklığa karşı bir talep hakkı oluşturan haklara ilişkin olması gerektiği, zira adı geçen hakların da tıpkı müktesep haklar gibi pay sahiplerinin çoğunluk kararı ile bertaraf edilemediği, ancak bunlardan da sahiplerinin açık veya örtülü rızaları ile feragat edilebildiği hususunda bkz. *Moroğlu*, E.: 6102 s. Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 7. Bası, İstanbul 2014 (GK Kararlarının Hükümsüzlüğü), s. 192, dn. 340.

⁵⁰⁶ *Domanıç*, Şerh II, s. 1071; *Doğanay*, s. 902.

azaltacağından ortaklığın sermaye artırımını engelleyeceği belirtilmiştir.⁵⁰⁷ Öte yandan, kurucu intifa senetleri herhangi bir payı temsil etmediklerinden, hak sahiplerinin, ortaklığın özvarlığı ile orantılı hak isteyemeyecekleri de dile getirilmiştir. Benzer şekilde, kanun koyucunun, kâr payının pay sahiplerine ödenmiş sermaye oranına göre dağıtılması kuralını getirmişken kurucu intifa senedi sahiplerine kazançtan pay verilmesini olanaklı kılmasının, ‘sermayeye göre kâr’ ilkesine bir istisna teşkil ettiği ve dar yorumlanması gerektiği; kurucu intifa senedi sahipleri ile anonim ortaklık arasında bir sözleşme ilişkisi olduğundan, anılan sözleşme ilişkisi bağlamında tarafların hak ve borçlarının sözleşmede kabul edildiği şekilde varlıklarını sürdürecekleri, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde edimler arası illiyet ve dengenin arandığı, aksi halde sözleşmenin ayıplı sayıldığı;⁵⁰⁸ sermaye artırımında pay taahhüt etmek suretiyle ortaklığın büyümesine destek veren ‘ek kuruluş’ kurucularına kurucu intifa senedi verilebileceğinin kabulünün, ‘ilk kurucular’ın kâr paylarının ilk esas sermaye ile sınırlı olduğu sonucuna götüreceği;⁵⁰⁹ kurucuların kâr payı haklarının sermaye artırımından yararlanmasının, Kanun’da öngörülen yüzde onluk sınırlandırmanın dolanılması anlamına geleceği ve son olarak, esas sermayenin artırılmasına ilişkin eTTK md. 392 hükmü uyarınca her biri kuruluş sözleşmesi sayılan sermaye artırımlarında kurucular sözleşmenin tarafı dahi olmadıklarından artırılan sermayenin kazancından yararlanmamaları gerektiği

⁵⁰⁷ Yargıtay 11. HD, T. 27.12.1976, E. 76/4169, K. 76/5656; Yargıtay 11. HD, T. 19.4.1985, E.85/158, K. 85/2344 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 15.7.2016); Yargıtay 11. HD, T. 10.6.1992, E. 90/7788, K. 92/7569, Yargıtay 11. HD, T. 26.11.1992, E. 92/6641, K. 92/10918 (*Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 356 vd.).

⁵⁰⁸ *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 330; *Domaniç*, Şerh II, s. 1071: Yazar ayrıca sözleşmelerin butlanını düzenleyen 818 sayılı eski Borçlar Kanunu (BK) md. 20 (TBK md. 27), edimler arası aşırı dengesizliği esaslı hata sayan BK md. 24/3 (TBK md. 31/b. 5) ile edimler arası açık bir oransızlığı sözleşmenin feshine gerekçe olarak gösteren BK md. 21 (TBK md. 28) hükümlerini de görüşüne dayanak olarak göstermektedir.

⁵⁰⁹ Yargıtay 11. HD, T. 19.4.1985, E.85/158, K. 85/2344 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 16.7.2016).

hususları,⁵¹⁰ bu doğrultuda ortaya konan diğer savlar olmuştur. Aksi görüşü, yani kurucu intifa senedi sahiplerinin sermaye artırımları sonucu oluşan sermayeye göre kârdan pay almalarını savunan yazarlar ise, ilk olarak, kuruculara tanınan intifa hakkının ortaklığa koydukları sermayenin karşılığı değil, ortaklığın kuruluşundaki hizmetlerinin karşılığı olarak verildiğine; dolayısıyla, ‘ödenmiş sermaye oranına göre kâr dağıtılması’ ilkesi burada uygulama alanı bulmayacağından, durumun, ilkenin bir istisnası sayılamayacağına dikkat çekmişlerdir.⁵¹¹ Sermaye artırımlarında ‘yeni kuruculara’ kurucu intifa senetleri aracılığıyla kazançtan pay sağlanmasının ise, eTTK md. 298 hükmünde öngörülen oranın tümünün ilk kuruculara hasredilmemiş olması halinde mümkün olabileceği ileri sürülmüştür.⁵¹² Kuruculara güncel sermayeye oranla kâr payı dağıtılmasının sermaye artırımlarına engel olacağı savına karşılık ise, eğer bahsi geçen sav gerçekçi olsaydı, öncelikle kuruluş için sermaye taahhüdünde bulunulmayacağı, kaldı ki eTTK md. 298 hükmündeki ayrımlar yapıldıktan sonra en çok yüzde on oranında kuruculara tahsis edilecek kâr payının, mevcut ve gelecek pay sahipleri için önemli bir yoksunluğa neden olmayacağı belirtilmiştir.⁵¹³ Diğer yandan, kuruluştan doğan sorumluluğu ve yatırım, reklam, iş gücü sağlanması gibi faaliyetlere harcanacak ilk sermayenin bütün risklerini üstlenen kurucuların⁵¹⁴ haklarının ilk sermaye tutarı ile sınırlanmasının, adı geçen türdeki

⁵¹⁰ Ülgen, s. 109, 110.

⁵¹¹ İmregün, Anonim Şirketler, s. 389, 390; Teoman, Kâr Payı, s. 99: “İntifa senedi sahiplerinin anonim ortaklığın sermayesine katılan kişiler olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. ... Aksine intifa senetlerinde tecessüm eden hak, anonim ortaklığın malvarlığına katılmaktan kaynaklanır... Malvarlığına katılma olanağı verdikleri için, bunların esas sermayeye göre elde edilen kârdan da pay alabilmeleri son derece doğaldır.”

⁵¹² Teoman, Kâr Payı, s. 95.

⁵¹³ Moroğlu, Kurucu İntifa Hakkı, s. 332.

⁵¹⁴ Moroğlu, (Kurucu İntifa Hakkı, s. 332), kuruluş sermayesine katılmanın riskinin, kurulmuş ve büyüme yolundaki bir ortaklığın sermaye artırımına katılmaktan daha fazla olduğunu belirtirken, kurucuların piyasa boşluğunu iyi fark ederek yatırım alanını isabetli seçmek ve iyi bir organizasyon kurmak (kurucu menfaatlerinin bunların karşılığını oluşturduğu hususunda ayrıca bkz. Ernst, s. 57) biçiminde tezahür eden özellikli faaliyetlerini de, kendilerine tanınan kâr payı hakkının ilk esas sermaye miktarı ile sınırlanmasının adil olmayacağını ifade etmek adına vurgulamaktadır.

girişimlerde bulunmalarını engelleyici nitelikte olduğuna değinilmiştir.⁵¹⁵ Kurucu intifa senedi sahiplerinin artırılan sermayeye oranla kâr payı almaları gerektiğine hükmeden Yargıtay kararlarının odak noktasını, kurucular ile anonim ortaklık arasındaki ilişkinin sözleşmesel niteliği oluşturmaktadır. Yargıtay’a göre, esas sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı ya da kurucu intifa hakkı sahiplerinin her birinin rızası alınmadığı sürece, esas sözleşmenin tek taraflı olarak değiştirilmesi suretiyle hak sahiplerinin hakları, aleyhlerine olarak değişikliğe uğratılamayacaktır. Genel kurulun, esas sözleşme değişikliği niteliğinde olmayan bir kararla aynı sonuca ulaşmayı amaçlamasına ilişkin olarak ise Yargıtay, kurucu ile anonim ortaklık arasındaki sözleşmenin akidlerinden birinin, kendi iç yapısı içinde aldığı bir kararla diğer tarafın haklarını etkileyemeyeceği, ilgili kararın kurucu açısından herhangi bir hukuki sonuç doğurmasının mümkün olmadığı yorumunu yapmıştır.⁵¹⁶

TTK md. 348 hükmünün madde gerekçesinde, kurucu intifa senedi sahiplerinin, bahis konusu hükümle, eTTK md. 298 düzenlemesinden farklı bir biçimde, senetlerin çıkarıldıkları tarihteki sermayeye bakılmaksızın kârdan yararlanabilecekleri dile getirilmiştir. Bununla birlikte, tartışmaya kesin bir çözümle son verecek olan ve TTK Tasarısı’nın ilk metninde yer alan “... bu hakkın esas sözleşmede ilk defa öngörüldüğü tarihteki sermaye dikkate alınmaksızın ...” ifadesi, kanunlaşan TTK’da yer almamış⁵¹⁷ ve değişiklik, “Yargıtay’ın bu konudaki kararlarından doğan

⁵¹⁵ Teoman, Kâr Payı, s. 98.

⁵¹⁶ Yargıtay 11. HD, T. 31.5.2001, E. 2001/3163, K. 2001/4878; Yargıtay 11 HD, T. 6.3.2014, E. 2012/13805, K. 2014/4298 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 16.7.2016).

⁵¹⁷ Adalet Komisyonu’nda bu ibare, ‘mevcut sermayeye göre’ olarak değiştirilmiş, TBMM Genel Kurul görüşmelerinde, anılan ifade de madde metninden çıkarılmıştır: TBMM, 23. Dönem, 2. Yasama Yılı, S. Sayısı 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324); TBMM 23. Dönem, 5. Yasama Yılı, Cilt: 90, 51’inci Birleşim Tutanağı. Konuya ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), AŞ C.1, s. 291, 292; Kendigelen, İntifa Senetleri, s. 62.

oluşturulmuş hukukun ve birikimin muhafazası, diğer taraftan da nesnel adaletin sağlanması” ile “mezkûr hükmün şirketlerin halka açılmasını engellediği gerçeği”nin göz önünde bulundurulması ile gerekçelendirilmiştir.⁵¹⁸ Anılan hususlar değerlendirildiğinde, özellikle ikinci gerekçe, kanun koyucunun kuruculara dağıtılacak kâr payını ilk esas sermaye ile sınırlamak istediği izlenimini uyandırmaktadır. Öte yandan, kurucuların kâr payı hakkının ortaklığın sermayesi ile bir ilişkisi bulunmadığı, yararlanılacak kârın, ortaklığın söz konusu faaliyet döneminde elde ettiği kârın belli bir yüzdesine göre hesaplanacağı, bu nedenle, kuruculara dağıtılacak kâr ile ortaklığın herhangi bir dönemdeki sermayesi arasında bir bağlantı kurmanın yerinde olmadığı, öğretide savunulan görüşlerden bir diğerini oluşturmaktadır.⁵¹⁹ Kuruculara ortaklık kârından pay verilmesi, yukarıda da ifade edildiği üzere, ilgili kişilerin ortaklığı yoktan var etmelerinin ve anılan amaçla üstlendikleri risklerin karşılığı olarak öngörülmüştür.⁵²⁰ Kuruculara verilmesi kararlaştırılan kâr payının ortaklığa getirilen sermayenin karşılığı olmayıp, tamamen farklı bir gerekçeye dayanması, kanımızca söz konusu meblağın ilk kuruluş sermayesine oranla verilmesi tezinin dayanaksızlığına ilişkin en önemli göstergedir. TTK md. 348 hükmünün uygulanması, kuruculara ortaklık kârından sürekli bir menfaat tanınması anlamına gelir.⁵²¹ Esas sözleşmede aksi yönde bir sınırlama

⁵¹⁸ TBMM 23. Dönem, 5. Yasama Yılı, Cilt: 90, 51’inci Birleşim Tutanağı.

⁵¹⁹ *Kendigelen*, İntifa Senetleri, s. 63; *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 331; *Gürbüz Usluel*, Kâr Payı, s. 131, 132.

⁵²⁰ *Manavgat (Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), AŞ C.1, s. 292)* bu noktada, kurucu menfaatlerinin “salt kuruluş aşamasındaki hizmetlerin değil, girişimciliğin karşılığı” olduğunu ifade etmekte (aynı yönde bkz. *Sagasser*, s. 1), girişimciliğin karşılığının ise kuruluş aşaması ile sınırlanamayacağına dikkat çekmektedir.

⁵²¹ *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 121. Yazar, kuruculara sağlanan özel çıkarların özelliklerinden birini, kapsamının olağanüstü nitelikte olması ile açıklamakta; periyodik edimlerin aksine, kuruculara yapılan bir defaya mahsus para ödemelerinde bahis konusu niteliğin olmadığına dikkat çekmektedir. Aynı şekilde, menfaatlerin kural olarak sürekli bir edimi içermesi gerektiği yönünde bkz. İsviçre hukukunda *Küchler*, s. 62. Öte yandan, kurucu menfaatlerinin sürekli edimlerin yanı sıra bir defalık edimleri de kapsayabileceği hususunda bkz. *Doğanay*, s. 901, 902; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 164. İsviçre hukukunda *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 147 § 15, N 26; *Vischer*, s. 71.

olmadığı takdirde, kuruculara dağıtılacak kâr payının ilk esas sermaye tutarı ile sınırlandırılması herhangi bir hukuki gerekçeye dayandırılmaz. Zaman içinde ortaklık tarafından, kuruculara tanınan menfaatin, emeklerin karşılığı olmaktan öteye geçtiğine kanaat getirildiği takdirde, ilgili prosedürlere uyulmak koşuluyla sınırlandırılması veya kaldırılması yoluna gidilebilir. Kaldı ki, menfaatlerin esas sözleşmede öngörülmesi esnasında belirli bir süre ile sınırlanması da mümkündür.⁵²² TBMM Genel Kurulu tarafından dile getirilen ‘nesnel adalet’e ilişkin çekince bu gibi yöntemlerle giderilebilmektedir. Öte yandan, emek ile menfaat arasındaki dengesizlik, her ortaklık için farklı zamanlarda gündeme gelebileceği yahut somut olayın özelliklerine göre belirli bir ortaklık için hiç söz konusu olmayabileceğinden, kâr payı miktarının ne Kanun ne de esas sözleşmede öngörülen bir biçimde sınırlandırılması keyfilikten başka bir gerekçeye dayandırılmayacaktır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde hak ve borçların kabul edildikleri şekilde yürürlükte kalacakları doğrudur; ancak kurucu intifa senetleri söz konusu olduğunda, anonim ortaklık ile hak sahibi arasındaki sözleşme, kâr payı hesaplanırken ortaklığın artırılan sermayesinin dikkate alınmayacağına yönelik bir hüküm içermediği sürece, öne sürülen bu teze dayanmak da mümkün değildir. Anılan tüm gerekçeler bir yana, kurucu intifa senedi sahiplerine verilecek kâr payı miktarı ile ortaklığın sermayesinin tutarı arasında bir ilişki kurulması da gerçekten güçtür. Ortaklık ilk faaliyete başladığı anda yalnızca sermayesi ile çalışır; ancak sonrasında sermayeden ziyade malvarlığı kavramı önem kazanır. Ortaklık, faaliyetlerini sürdürürken yalnızca sermayesinden değil, daha geniş bir kavram olan malvarlığından harcamalar,

⁵²² *Domanıç*, Şerh II, s. 1071; *Eriş*, s. 126; *Ulusoy*, s. 403. Nitekim *Böckli* (s. 134 Nr. 394), menfaatlerin içeriğinin esas sözleşmede belirlenmesine ilişkin olarak, anılan kapsamda belirtileceklerin başında menfaatlerin hangi süre ile tanındığı hususunun yer aldığının altını çizmektedir.

yatırımlar yapar. Dolayısıyla, belirli bir faaliyet döneminde elde edilen kâr veya gerçekleşen zarar, malvarlığından yapılan harcama ve yatırımların olumlu ya da olumsuz karşılığıdır.⁵²³ Bu nedenle, kural olarak ortaklığa ödemiş oldukları sermaye payı oranında kâr payı alacak olan pay sahiplerinin aksine, sermaye ile hiçbir ilgisi bulunmayan kurucu intifa senedi sahiplerinin alacakları kâr payının ödenmiş sermayeye oranla belirlenmesinin haklı bir gerekçesi olmadığı kanaatindeyiz. TTK md. 348 hükmünün lafzı “.. kalanın en çok onda biri kuruculara ödenir.” biçimindedir. Bahsi geçen ifadeden hareketle, kuruculara ödenecek kâr payının hükümde öngörülen ayrımlar yapıldıktan sonra arta kalan kârın esas sözleşmede belirtilen yüzdesi hesaplanarak belirlenmesi ve bu hesaplamada ödenmiş sermayeye önem atfedilmemesi daha yerinde olacaktır.

TTK md. 502/1 hükmünün son cümlesi uyarınca, TTK md. 348 hükmü, olağan intifa senetlerine de uygulanacaktır. TTK’nın eTTK’dan farklı olarak gerçekleştirdiği sözü geçen atıf sonucunda, kuruculara hangi andaki sermayeye oranla kâr payı verileceği tartışması iyice anlamını yitirmiş görünmektedir. Artık olağan intifa senedi sahiplerine kâr pay verilirken de Kanun’da öngörülen sınırlar göz önünde bulundurulacağına göre, ortaklık kârından pay alma hakkı veren her bir olağan intifa senedi, çıkarıldığı anda ortaklığın haiz olduğu sermaye miktarına oranla mı kârdan pay sağlayacaktır? Kaldı ki, belirtilen hususta bir tartışma yapılması için Kanun’un tüm intifa senetleri için TTK md. 348 hükmünün uygulanacağını öngörmüş olması

⁵²³ Nitekim *Tekinalp (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 700 Nr. 1215)* intifa senetlerinin sağladığı haklardan bahsederken “AO’nun malvarlığından kaynaklanan ... haklar...” ifadesini kullanmaktadır. Aksi yönde bkz. *Domanıç, Şerh II, s. 1072*: “... belli bir sermaye ile kurulan şirkette tanınan kurucu hisselerine isabet edecek kâr payı, sadece bu sermaye ile elde edilecek kârın bir kısmı olabileceğinden, artırılan sermayeye isabet edecek kârdan kurucu hisselerine pay ayrılmaması icap eder.”

dahi gerekli değildir. eTTK döneminde kurucu intifa senetlerine tanınacak kâr paylarının ilk esas sermaye tutarına göre hesaplanacağına ilişkin tezler gündeme geldiği sırada, kanımızca, olağan intifa senetlerinin kârdan pay alma hakkı tanımaları halinde ilgili hak sahiplerine verilecek kâr payının da hangi sermaye tutarına göre verilmesi gerektiğinin tartışılması gerekirdi. Zira kâr payının ilk esas sermaye ile sınırlandırılmasını destekleyen görüşe göre, eTTK md. 402 (TTK md. 502) kapsamında lehlerine intifa senedi çıkarılan kişilere, sermaye artırımları ile çoğalan sermaye sonucu elde edilen kârdan aynı oranda pay verilmeye devam edilmesi de, zaman içerisinde intifa senedi sahipleri ile ortaklık arasındaki menfaat dengesini bozma sakıncasını taşıyacaktır. Ayrıca olağan intifa senedi sahiplerine, kârdan pay almaya ek olarak, tasfiye artığından pay alma ve/veya yeni pay alma hakları da tanınabileceğinden, olağan intifa senetleri, hak sahibi ile ortaklığın menfaatleri arasında dengesizlik ve hatta adaletsizlik yaratmaya daha elverişlidir. İfade edilen gerekçelerle, esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe veya hak sahiplerinin onaylarının alınmasını takiben ortaklık genel kurulu tarafından yapılacak bir esas sözleşme değişikliği ile haklara sonradan bir sınırlama getirilmedikçe,⁵²⁴ kurucu intifa senetlerinin tanıdığı kârdan pay alma hakkının ilk esas sermaye tutarı ile sınırlandırılmasının herhangi bir hukuki dayanağı bulunmadığı görüşündeyiz.

⁵²⁴ Özellikle sermaye artırımlarında hakların ilk sermaye ile sınırlandırılmasının somut olayın özelliklerine göre bir zorunluluk haline gelebileceği, söz konusu hallerde hak sahipleri buna itiraz edemeyecek olmakla birlikte, kendilerine uygun bir denkleştirme akçesi verilebileceği hususunda bkz. *Teoman, Kâr Payı*, s. 97.

c. Kurucuların Kâr Payı Alma Haklarının Muacceliyeti

eTTK döneminde intifa senetlerine ilişkin olarak öğretideki baskın görüş, senet sahiplerinin kâr payı haklarını talep edebilmelerinin genel kurulun kâr dağıtım yönünde karar alması şartına bağlı olduğu biçimindeydi.⁵²⁵ Öte yandan genel kurulun intifa hakkı sahiplerini zarara uğratmak amacı ile kâr dağıtım kararı almaktan kaçınması hallerinde, hak sahiplerinin, zararlarını sözleşmeye aykırılık gerekçesi ile ortaklıktan talep edebilecekleri ifade edilmekteydi. TTK md. 348 hükmüne üçüncü fıkranın eklenmesinin ardından, artık anılan yönteme dağıtılabilecek kâr mevcut olmasına karşın ortaklığın uzun süre genel kurul toplantısı yapmaması ya da toplantı yapmasına rağmen bilançoğu onaylamaktan kaçınması hallerinde başvurmak mümkün olacaktır.⁵²⁶ Zira bahis konusu düzenlemeye göre, genel kurulun dağıtılabilecek kârın varlığını gösteren bilançoğu onaylaması ile kurucu menfaati sahibi kâr payı hakkını talep edebilir hale gelecektir. Yine, esas sözleşmede aksine bir hüküm olmadığı takdirde, anonim ortaklığın kâr payı borcu, doğduğu an muaccel olacaktır (TBK md. 90). Borçlu anonim ortaklık ise genel hükümler uyarınca, hak sahibinin ihtarı ile temerrüde düşecektir (TBK md. 117/1).⁵²⁷ Bununla beraber, kurucuların ihtarda bulunmamaları halinde dahi, eğer ortaklık en geç ilgili hesap

⁵²⁵ Karayalçın, s. 85; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 703 Nr. 1221; Kendigelen, İntifa Senetleri, s. 64. Aksi yönde bkz. Domaniç, Şerh II, s. 1071; Moroğlu, Kurucu İntifa Hakkı, s. 343; Öte yandan yazar, esas sözleşmede kurucuların kâr payı haklarının oranının gösterilmemiş ve bu belirlemenin genel kurula bırakılmış olduğu hallerde, hakkın genel kurulun belirleyici kararı ile muaccel olacağının da altını çizmektedir, Moroğlu, Kurucu İntifa Hakkı, s. 344.

⁵²⁶ Kendigelen, İntifa Senetleri, s. 64, 65.

⁵²⁷ Aynı yönde bkz. Kendigelen, İntifa Senetleri, s. 65; Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), AŞ C.1, s. 297. Manavgat, genel kurul bilançoğu onaylama kararında dağıtım için bir tarih belirlemediği sürece, ödemenin yapılmasının nakit planlaması gerektireceğini, bu nedenle borçlu ortaklığın ödeme tarihini bilmesinin mümkün olmadığını, ayrıca alacaklılara kıyasla ifa zamanını bilme üstünlüğü de bulunmadığını haklı olarak ifade etmektedir. Aynı doğrultuda bkz. Gürbüz Usluel, Kâr Payı, s. 133. Borcun ödeneceği zamanın alacaklıdan çok borçlu tarafından bilinmesi gereken hallerde borçlunun ihtar yolu ile uyarılmasına gerek bulunmadığı düşüncesinden hareketle, genel kurulun bilançoğu onaylamasını takiben makul süre içerisinde borcu ifa etmediği takdirde, ortaklığın ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşeceği yönündeki aksi görüş için bkz. Moroğlu, Kurucu İntifa Hakkı, s. 347, 348.

dönemi sonuna kadar kâr paylarını ödemezse, hesap dönemlerinin bağımsızlığı ilkesi uyarınca ortaklığın temerrüde düşeceği kabul edilmelidir.⁵²⁸

D. Kurucuların Kâr Payı Alma Haklarının Pay Sahiplerinin Haklarına Etkileri

Kuruculara kârdan pay alma hakkı verilmesi halinde, pay sahiplerinin kâr payı alma hakları sınırlandırılmış olacaktır. Bununla beraber, TTK md. 348/1, kuruculara kârdan pay verilmesinin ön koşullarından birini, ‘pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ayrılması’ olarak belirlediğinden, pay sahiplerinin birinci kâr payları bakımından herhangi bir kısıtlama söz konusu değildir. Zira bu halde, genel kurul pay sahiplerine kâr payı dağıtmaya karar verdiği takdirde, öncelik pay sahiplerinin kâr paylarında olacak ve ancak bu ödemenin gerçekleştirilmesinin ardından kurucu ve intifa senedi sahipleri kâr paylarını elde edebileceklerdir. Hatta pay sahiplerine birinci kâr payı, ödenmiş sermayenin yüzde beşinin altında bir miktar olarak ödenmiş bulunsa dahi, kurucu ve olağan intifa senedi sahiplerine yapılacak dağıtımın matrahı belirlenirken, dağıtılabilir kârdan yüzde beş oranında bir eksiltme yapılmak suretiyle, pay sahiplerine dağıtılan miktar ile ödenmiş sermayenin yüzde beşine karşılık gelen miktar arasındaki fark, geçmiş dönem kârlarına dâhil edilerek pay sahipleri lehine korunacaktır. Bununla birlikte, (yüzde beş oranının altında veya üzerinde gerçekleştirilmiş olmasından bağımsız olarak) birinci kâr payının ödenmesinin ardından pay sahipleri için ikinci bir kâr dağıtımına karar verilmesi halinde, ilgili dağıtımın gerçekleştirileceği kâr matrahının, kurucu ve olağan intifa senedi

⁵²⁸ *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 297.

sahiplerine yapılan ödemelerin de dağıtılabılır kârdan düşülmesi sonucu belirlenmesi kaçınılmazdır. Zira bu noktada artık kurucu ve olağan intifa senedi sahiplerine ödeme hâlihazırda yapılmış bulunacaktır. Yapılan açıklamalardan, kurucu menfaatleri bağlamında pay sahiplerinin kâr payı alma hakları üzerinde bir sınırlandırmanın, ancak ikinci kâr payı dağıtımında söz konusu olabileceği ortaya çıkmaktadır.⁵²⁹ Pay sahiplerinin nispi müktesep haklarından olan kâr payı alma haklarının, kanun, esas sözleşme ve genel kurul kararları ile sınırlandırılmasının mümkün olduğu hususu dikkate alındığında, ilk esas sözleşmede kurucu menfaatlerinin belirlenmesi suretiyle (böylece tüm mevcut pay sahiplerinin oybirliği ile) getirilen bu kısıtlamanın herhangi bir hak ihlali teşkil ettiğinden söz edilemeyecektir.

3. Kâr Payı Alma Hakkı Haricindeki Mali Nitelikteki Haklar

Yabancı öğretilerde, kuruculara tanınabilecek malvarlığına ilişkin menfaatler arasında, anonim ortaklık tesislerinden indirimli veya ücretsiz yararlanma hakkı sıkça anılmaktadır.⁵³⁰ Söz konusu hak, aynı zamanda, anonim ortaklık pay sahiplerinin mali nitelikteki hakları arasında zikredilmektedir. Bu bağlamda, hukukumuzda kuruculara anılan türde bir menfaat tanınıp tanınamayacağı hususunda, öncelikle, olağan intifa senedi sahiplerine sağlanabilecek haklara ilişkin TTK md. 503

⁵²⁹ Kârdan pay alma hakkı veren olağan intifa senetlerine ilişkin olarak, senet sahiplerinin haklarının çoğunlukla pay sahiplerininkinden sonra geldiği, ancak bahsi geçen kişilerin, eTTK md. 455/2 (TTK md. 507/2) uyarınca, kâr payı alma açısından pay sahiplerine oranla imtiyazlı duruma getirilmelerinin mümkün olduğu görüşü için bkz. *Yıldız*, *Yeni Pay Alma*, s. 118; *Teoman*, *İntifa Senetleri*, s. 238, 239.

⁵³⁰ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 147, § 15 N 26; *Böckli*, s. 113, Nr. 391; *Schenker*, s. 295, Art. 628 Nr. 15; *Küchler*, s. 60; *Röhrich*, s. 114, AktG § 26 Rn. 11; *Arnold*, s. 495, AktG § 26 Rn. 8; *Seibt*, s. 517, 518, AktG § 26 Rn. 6; *Eckardt*, s. 331, AktG § 26 Rn. 11; *Junker*, s. 213. Türk hukukunda, *Akdağ Güney*, *Kuruluş*, s. 164.

hükümünün sınırlı sayımının, kuruculara böyle bir menfaatin tanınmasına engel oluşturmayacağı ifade edilmelidir. Zira önceden de belirtildiği üzere, olağan intifa senetlerine ilişkin TTK md. 502 ve 503 hükümleri, TTK md. 348 hükümünün tamamlayıcısı olan genel hükümler niteliğinde değildir. Dolayısıyla, adı geçen hükümlerin, olağan intifa senedi sahiplerine ortaklık tesislerinden indirimli veya ücretsiz yararlanma hakkı tanınmasını olanaksız kılması,⁵³¹ kurucu menfaatlerine ilişkin olarak da aynı sonuca varılmasını gerektirmemektedir.

Tesislerden indirimli veya ücretsiz yararlanmanın anonim ortaklığa belirli derecede mali bir yük getireceği; bu nedenle, adı geçen menfaat türünün ‘mali nitelikteki menfaatler’ kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Kuruculara tanınabilecek mali nitelikteki menfaatlerin kaynağını yalnızca ortaklığın dağıtılabilir (safi) kârının oluşturabileceği doğrultusundaki, bu çalışmada da kabul edilen görüş benimsendiği takdirde, kuruculara tesislerden yararlanmaya ilişkin bir menfaat tanınamayacağı sonucuna varılması olasıdır.⁵³² Zira burada mali nitelikte bir menfaat söz konusu olmasına karşın, ilgili menfaat, dağıtılabilir (safi) kârdan karşılanmamaktadır. Bununla beraber, öğretide, mali menfaatin kaynağını yalnızca dağıtılabilir (safi) kârın oluşturabileceği görüşünün, kuruculara tesislerden yararlanma hakkının tanınamayacağı biçiminde yorumlamasının çok katı olacağı da savunulmaktadır. Anılan çerçevede, Kanun’un koruma amacının, kurucuların sözleşme özgürlüğünün bu derece kısıtlanmasını gerektirmediği ve kuruculara tesislerden yararlanmaya ilişkin bir menfaat tanındığının esas sözleşmede gösterilmesinin, pay sahipleri ile

⁵³¹ Teoman, İntifa Senetleri, s. 217, 218.

⁵³² Bungereoth, E.: Aktiengesetz Kommentar (Hrsg.: Geßler, E., Eckardt, U., Hefermehl, W., Kropff, B.), Band 1: §§ 1-75, München 1986, s. 109, AktG § 57 Rn. 68.

alacaklıları yeterince koruyacağı ifade edilmektedir.⁵³³ Aynı zamanda, malvarlığının korunması ilkesine de bir aykırılık bulunmadığı; anonim ortaklık, sunduğu bu hizmet karşılığında zaten ücrete hak kazanmadığı için, bahsi geçen türde bir menfaat tanınmasının anonim ortaklığın aktiflerine bir yük oluşturmayaacağı vurgulanmaktadır.⁵³⁴ Kanımızca da, burada, anonim ortaklığın malvarlığından çıkarak kurucunun malvarlığına giren bir değer söz konusu olmadığından, malvarlığının korunması ilkesi bakımından bir sorundan bahsedilememesi gerekir. Kaldı ki, lehlerine menfaat sağlanan kişiler, menfaati devretmedikleri sürece aynı zamanda pay sahibi sıfatını taşıyacakları için hâlihazırda tesislerden indirimli veya ücretsiz yararlanma hakkına sahip olacaklarından ve diğer mali nitelikteki haklardan farklı biçimde, adı geçen haktan diğer pay sahiplerine oranla daha fazla yararlanma olanağı bulunmadığından, bahis konusu türde bir kurucu menfaati ile sık karşılaşılması olası görünmemektedir. İstisnaen, tesislerden yararlanmaya ilişkin bir kurucu menfaatinin kararlaştırılması ve menfaatin devri sonucu, pay sahibi olmayan üçüncü kişilerin de menfaatten yararlanması halinde ise, anonim ortaklığın karşı karşıya kalacağı mali yükün göz ardı edilebilecek derecede az olacağı kanısındayız. Dolayısıyla, anonim ortaklığın malvarlığının korunması ilkesi çerçevesinde dile getirilen, kurucuların kâr payı alma haklarının yalnızca dağıtılabılır (safi) kârdan karşılanabileceği doğrultusundaki görüşün, kuruculara tesislerden yararlanma hakkının tanınamayacağı biçiminde, amacını aşar derecede sınırlayıcı olarak yorumlanması uygun olmayacaktır. Açıklanan çerçevede, kuruculara tesislerden indirimli veya ücretsiz yararlanma hakkının tanınmasında kuramsal olarak TTK

⁵³³ *Röhrich*, s. 114, AktG § 26 Rn. 11.

⁵³⁴ *Pentz*, AktG § 26 Rn. 13; *Seibt*, s. 518, 519, AktG § 26 Rn. 8; *Sagasser*, s. 134.

hükümlerine bir aykırılık bulunmadığı; ancak hakkın nitelik itibariyle kurucu menfaati olarak tanınmaya uygun olmadığı sonucuna varılabilir.

Malvarlığının korunması ilkesi bağlamında bir diğer tartışma konusunu, kurucu menfaatleri kapsamında Alman hukukunda sıkça verilen örnekler arasında yer alan kuruculara ciro primi verilmesi olanağı oluşturmaktadır.⁵³⁵ Anılan tartışma da, tesislerden yararlanma hakkına ilişkin tartışmaya benzer şekilde, kuruculara mali nitelikteki menfaatlerin yalnızca dağıtılabilir (safi) kârdan sağlanabileceği görüşü ekseninde gerçekleşmektedir. Zira ciro primi ödemesi, kural olarak, ortaklığın ilgili faaliyet döneminde kâr elde edip etmediği hususundan bağımsız biçimde, o dönemde gerçekleştirilen satışlardan elde edilen gelirden verilen bir pay şeklinde tezahür etmektedir. Dolayısıyla, kurucu menfaatleri kapsamında, ortaklığın kâr durumundan bağımsız olarak ciro primi ödemesi yapılacağının kararlaştırılması mümkün olmasa gerektir.⁵³⁶ Bununla birlikte, öğretide, ilgili ödemenin yalnızca bunun ortaklığın serbest malvarlığından karşılanabildiği hallerde⁵³⁷ ya da ortaklığın faaliyet dönemi sonunda dağıtılabilir bir kârın ortaya çıktığı yıllarda yapılması koşuluyla, kuruculara ciro primi verileceğinin esas sözleşmede geçerli olarak kararlaştırılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁵³⁸ Öncelikle, ortaklığın serbest malvarlığından karşılanabildiği takdirde böyle bir ödemenin yapılabilmesine ilişkin belirleme, kuruculara ancak dağıtılabilir (safi) kârdan ödeme yapılabilceği görüşü ile çelişmektedir. Bunun yanı sıra, TTK md. 348, ancak net dönem kârından bazı ayrımlar yapıldıktan sonra kuruculara kâr dağıtımını yapılabilceğini öngörmekte,

⁵³⁵ *Röhrich*, s. 115, AktG § 26 Rn. 14; *Seibt*, s. 517, 518, AktG § 26 Rn. 6; *Eckardt*, s. 331, § 26 Rn. 11; *Pentz*, AktG § 26 Rn. 11; *Koch*, AktG § 26, Rn. 3; *Wardenbach*, AktG § 26 Rn. 3.

⁵³⁶ *Bungeroth*, s. 109, AktG § 57 Rn. 68; *Junker*, s. 214-216.

⁵³⁷ *Seibt*, s. 518, 519, AktG § 26 Rn.8.

⁵³⁸ *Röhrich*, s. 115, AktG § 26 Rn. 14; *Arnold*, s. 496, AktG § 26 Rn. 10; *Pentz*, AktG § 26 Rn. 13.

böylece kurucu menfaati sahiplerinin kârdan hangi sırada yararlanabileceklerini ortaya koymakta ve hükümden, kuruculara, pay sahiplerine nazaran kârdan öncelikle pay alma hakkı tanınamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Esas sözleşmeye, ciro priminin yalnızca ilgili faaliyet döneminde kâr edildiği takdirde ödeneceğine ilişkin bir hüküm konulması olasılığında, kuruculara dağıtılabilir (safi) kârdan mali menfaat sağlanması kuralına bir aykırılık söz konusu olmamakla birlikte, TTK md. 348 hükmünün, kâr payı alımında önce pay sahiplerine hak tanıyan düzenlemesine uygunluk açısından sorun ortaya çıkabilecektir. Zira ciro primine ilişkin olarak TTK’da, söz konusu ödemenin kuruculara hangi sırada yapılacağını düzenleyen emredici bir hüküm bulunmamakta, ciro primi zaten ortaklığın kâr durumundan bağımsız olarak gelirden pay verilmesini ifade ettiğinden, kurumun kendi içinde de pay sahiplerine öncelik veren sıranın gözetilmesini sağlayacak sınırlamalar yer almamaktadır. Dolayısıyla, ilgili esas sözleşme hükmünün, sözleşme serbestisi çerçevesinde, TTK md. 348 hükmünde öngörülen kâr dağıtım sırası gözetilmeksizin kaleme alınması yüksek bir olasılıktır. Bu halde ise, kârdan pay alma hakkının, ‘ciro primi’ olarak adlandırılmak suretiyle yasal sınırlamalara uyulmaksızın tanınması ve TTK md. 348 hükmünün dolanılması riski ortaya çıkacaktır. Anılan gerekçelerle, Türk anonim ortaklıklar hukukunda, serbest yedek akçelerin ve hatta dağıtılabilir (safi) kârın varlığı koşulu ile dahi, kurucu menfaati olarak ciro primi verilmesinin kararlaştırılamayacağı görüşündeyiz.

Alman hukukunda, öğretide hemen her yazar tarafından kurucu menfaatlerine örnek verilen ve Türk hukukunda da değinilmiş olan bir diğer husus, kurucunun, ortaklığın tasfiyeye girmesi halinde ortaklığa getirmiş olduğu aynı sermayeyi öncelikle ve

aynen almayı isteme hakkıdır.⁵³⁹ Kuruculara anılan türde bir menfaatin tanınabilmesi, ancak hakkın kullanılmasının ortaklığın malvarlığının azalmasına neden olmaması⁵⁴⁰ ve ortaklığa karşı üçüncü kişilerin haklarının tamamen karşılanması koşulu ile kabul edilebilecektir.⁵⁴¹

⁵³⁹ *Röhricht*, s. 114, AktG § 26 Rn. 10; *Eckardt*, s. 331, AktG § 26 Rn. 11; *Arnold*, s. 495, AktG § 26 Rn. 8; *Limmer*, AktG § 26, Rn. 3; *Koch*, AktG § 26 Rn. 3; *Pentz*, AktG § 26 Rn. 11. Ayrıca bkz. Türk hukukuna ilişkin olarak aynı örneği veren *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 482.

⁵⁴⁰ *Röhricht*, s. 114, AktG § 26 Rn. 10. İsviçre hukukunda *Küchler* (s. 64), getirilmiş olan aynı sermayeyi öncelikli satın alma hakkına ilişkin olarak, geri alım fiyatının önceden belirlenmemiş olması ve satın almanın güncel piyasa fiyatı üzerinden gerçekleştirilmesi gereğini ifade etmektedir.

⁵⁴¹ *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 482.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KURUCU MENFAATLERİNİN SINIRLANDIRILMASI VE ORTADAN KALDIRILMASI

I. GENEL OLARAK

Kurucu menfaatleri ve olağan intifa senetleri, esas sözleşmede aksi öngörülmediği, yani menfaat/hak belirli bir süre ile sınırlanmadığı sürece, anonim ortaklığın varlığı boyunca geçerliliklerini korurlar.⁵⁴² Bununla beraber, özellikle kârdan pay almaya ilişkin tanınan menfaat/hak bağlamında, ortaklığın faaliyetlerinin zaman içerisinde sağlıklı bir seviyeye ulaşması ve ortaklığın düzenli kâr sağlar hale gelmesinden sonra, pay sahipleri elde edilen kârı üçüncü kişilerle paylaşmayı sürdürmek istemezler.⁵⁴³ Kurucu menfaati sahipleri, menfaatlerini ortaklık dışındaki bir kişiye devretmedikleri sürece aynı zamanda pay sahibi olduklarından, kurucu menfaatleri açısından, aslında gerçek anlamda bir ‘üçüncü kişi’den bahsedilemeyecektir. Ancak, kurucular, pay sahibi sıfatları nedeniyle haiz oldukları kârdan pay alma hakkının yanı sıra, kurucu menfaati sahibi olmaları sonucu TTK md. 348/1 hükmünün son cümlesi uyarınca elde ettikleri kârdan pay alma hakkından da yararlanmakta; dolayısıyla bir yönüyle (ikinci kar payı açısından), diğer pay sahipleri aleyhine ortaklığın dağıtılabilir kârının azalmasına neden olmaktadır. Ayrıca, kurucu menfaati ve

⁵⁴² *Domaniç*, Şerh II, s. 1086; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 170; *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 295, dn. 1. Dolaylı olarak aynı yönde, *Kendigelen*, İtfa, s. 1071, dn. 26.

⁵⁴³ *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 295; *Kendigelen*, İtfa, s. 1064.

olağan intifa senedi sahiplerine yüksek oranlarda kâr payı alma hakkı sağlanması, ortaklık paylarının borsa değerlerinin düşmesine neden olabileceği gibi, sermaye artırımlarında ve yapısal değişikliklerde de güçlükler yol açabilmektedir.⁵⁴⁴ Anılan gerekçeler, kuruluşun sonra herhangi bir zaman diliminde bahsi geçen menfaatlerin sınırlandırılması ya da ortadan kaldırılması isteğine sebebiyet verebilmektedir.

Esas sözleşmede aksi öngörülmediği takdirde kurucu menfaatleri, kural olarak, anonim ortaklığın sona ermesi ile son bulacaktır.⁵⁴⁵ Bunun haricinde, kurucular ile anonim ortaklık arasındaki sözleşmede, sözleşme serbestisi uyarınca, menfaatlerin çeşitli durumlarda sona ereceğinin öngörülmüş bulunması ya da anonim ortaklığa tek taraflı olarak menfaatleri sona erdirmeye yetkisinin verilmiş olması mümkündür.⁵⁴⁶ Benzer şekilde, kurucular ve/veya olağan intifa senedi sahiplerinin, sahip oldukları haklara ilişkin olarak yapılabilecek muhtemel değişiklikleri önceden kabul etmek suretiyle, ortaklık organlarına tabiyeti kararlaştırmaları da söz konusu olabilir.⁵⁴⁷ Ancak esas sözleşmede bu ve benzeri bir düzenleme yer almadığı takdirde menfaatlerin ne şekilde sınırlandırılabilirliği veya sona erdirilebileceği hususunun ayrıca incelenmesi gerekmektedir.⁵⁴⁸

⁵⁴⁴ *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 295, 296; *Kendigelen*, İtfâ, s. 1064, 1065.

⁵⁴⁵ *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 297: Pay sahiplerinin malvarlığı haklarından yalnızca kâra katılmayı menfaat sahiplerine tanıyabilen kurucu menfaatleri için durum böyle olmakla beraber, TTK md. 503 sınırları içerisinde başkaca malvarlığı hakları da tanıyabilen olağan intifa senetleri bağlamında yazar, tanınan hakların türüne göre bunların sona erme anlarındaki farklılıklara (ortaklığın sona erdiği, tasfiyeye girdiği ya da ticaret sicilinden silindiği an) da değinmektedir.

⁵⁴⁶ *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 487; *Tekil*, s. 448; *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 298, 299; *Kendigelen*, İtfâ, s. 1068.

⁵⁴⁷ *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 283.

⁵⁴⁸ Ortaklığın tek taraflı olarak alacağı bir karardan söz edildiğinde, ilgili kararın, ortaklığın karar organı olan ve anonim ortaklık pay sahiplerinden oluşan genel kurul tarafından alınacağı açıktır. Dolayısıyla bahsi geçen türde kararların alınmasında, menfaatlerin devredilmemiş olması halinde aynı zamanda pay sahibi sıfatını haiz olan kurucu menfaati sahipleriyle, pay sahipleri lehine çıkarılmış oldukları takdirde olağan intifa senedi sahiplerinin de söz sahibi olacakları bir gerçektir. Öte yandan, anılan kişiler anonim ortaklık genel kurulunda muhtemelen her zaman azınlıkta olacaklarından, sermaye çoğunluğunun olumlu oylarıyla alınacak bir genel kurul kararını etkileme olanakları

II. KURUCU MENFAATLERİNİ DOĞRUDAN SINIRLANDIRAN VEYA ORTADAN KALDIRAN GENEL KURUL KARARLARI

Kurucu menfaatleri, pay sahipliği sıfatından değil, anonim ortaklık ve kurucunun taraflarını oluşturdukları bir sözleşmeden kaynaklandığı için, esas sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça, ortaklık genel kurulu, esas sözleşmeyi menfaat sahiplerinin onayı olmadan tek taraflı olarak değiştirmek suretiyle kurucu menfaatlerini sınırlandırma veya kaldırma yetkisine sahip değildir. Aksi şekilde alınan genel kurul kararlarının, menfaat sahiplerinin hakları üzerinde hiçbir etkisi olmayacaktır.⁵⁴⁹ Öte yandan, genel kurulun bu yönde geçerli bir karar alıp uygulayabilmesi için, kurucu menfaati sahiplerinin her birinin onayının alınmasına gerek olup olmadığı hususu öğretilerde tartışılmıştır:

eTTK md. 402/3, intifa senedi sahiplerinin, Kanun'un 429-432. maddelerinde düzenlenen tahvil sahiplerini kuruluna ilişkin hükümlere tabi bulunan bir kurul teşkil edeceklerini hükme bağlamakta ve bahis konusu kurulun karar alabilmesi için gerekli yeter sayıyı belirlemekte idi. Bu noktada, intifa senedi sahipleri kurulunun, kurucu intifa senedi sahiplerini kapsayıp kapsamayacağı, kurucu intifa senedi sahiplerinin ayrı bir kurul oluşturup oluşturmayacakları ve buna bağlı olarak, kurulun hangi konularda karar alabileceği hususları tartışma konusu olmuştu. Kurulu oluşturacak hak sahipleri bakımından öğretilerde yapılan bir değerlendirme, kurucu menfaati (kurucu intifa senedi) sahipleri de dâhil olmak üzere tüm intifa hakkı sahiplerinin tek

neredeyse hiç bulunmamaktadır. Kaldı ki, gerek kurucu menfaatleri gerekse olağan intifa senetleri düzenlemelerinin kendi içlerinde bir bütün halinde değerlendirilmeleri gerekmektedir. Bu nedenle, ilgili düzenlemelere ilişkin temel kurallar, bunların, pay sahibi sıfatını haiz olmayan üçüncü kişileri de kapsayabilecekleri olasılığı göz önüne alınarak saptanmalıdır.

⁵⁴⁹ *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 701 Nr. 1217 (ancak yazarlar, intifa senedi sahipleri genel kurulunun yetkisi dâhilinde olan kararları istisna tutmaktadırlar); *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 323.

bir kurul oluşturacakları biçimindedir.⁵⁵⁰ eTTK md. 298 hükmünde öngörülen menfaatin ‘sınırlı bir menfaat’ olduğu ve bu nedenle ‘mutlak koruma’ya sahip bulunduğu kabulünden hareketle varılan bir diğer sonuç; kurucu hakları sözleşmesel bir ilişkiye dayandığı için, hak sahiplerinin muvafakati olmadan hakların sınırlandırılıp kaldırılamayacağı, dolayısıyla intifa senedi sahipleri kurulu benzeri bir kurul teşkil etmelerinin söz konusu olmayacağı şeklindedir.⁵⁵¹ Konuya ilişkin bir diğer görüş ise, kurucu intifa senedi sahiplerinin, yine eTTK md. 402/3 hükmünün tahvil sahipleri kuruluna yaptığı atfa dayanarak, olağan intifa senedi sahiplerinden bağımsız bir kurul oluşturacakları yönünde ortaya çıkmıştır.⁵⁵² Kanımızca, kurucu intifa senedi sahiplerinin ayrı bir kurul oluşturacakları görüşünü desteklemek mümkün değildir. Zira kurulun teşkilini öngören, olağan intifa senetlerine ilişkin eTTK md. 402 hükmü, muhtemel intifa senedi sahipleri arasında kurucuları da saymak suretiyle, anılan kişilerin de bütünün bir parçası olarak değerlendirildiğine işaret etmektedir. Ayrıca, kurucu menfaatlerine ilişkin özel düzenleme olan eTTK md. 298 hükmünde de, kurucu intifa senedi sahiplerinin ayrı bir kurul oluşturacağına dair bir belirleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bir anonim ortaklıkta birbirinden farklı haklar sağlayan çeşitli intifa senedi gruplarının mevcudiyeti (bu farklı gruplar içine kurucu intifa senetleri de dâhil edilebilir) yüksek bir olasılık olduğundan, aralarında menfaat çatışmaları olabilecek tüm hak sahiplerinden oluşacak kurulun, ancak tüm intifa senedi sahiplerinin ortak hakları konusunda karar almaya yetkili olduğunu kabul etmek daha uygundur.⁵⁵³

⁵⁵⁰ *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 487.

⁵⁵¹ *Ülgen*, s. 120.

⁵⁵² *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 320.

⁵⁵³ *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 487. Yazar ayrıca, farklı haklar tanıyan kurucu intifa senetlerinin varlığı halinde belli bir kategori kurucu senedi için karar alınması gerektiği takdirde, imtiyazlı pay sahipleri kuruluna ilişkin eTTK md. 389 hükmünün kıyasen uygulama alanı bulması ve ilgili

Yukarıda ifade edilen farklı görüşler çerçevesinde, intifa senedi sahipleri kurulunun, intifa hakkı sahiplerinden hangilerinin hakları üzerinde tasarrufa ilişkin karar alabileceği sorusunun cevabı da değişmekteydi. Diğer yandan, oluştuğu kişilerden bağımsız olarak, kurulun, haklar üzerine yapılacak hangi tür tasarruflar bağlamında anonim ortaklık genel kurulunun yapacağı esas sözleşme değişikliklerine onay vermeye ehil olduğu hususu da çözümlenmeye muhtaç bir diğer sorun olarak kendini göstermiştir.⁵⁵⁴ Zira tahvil sahipleri kurulunun yetkilerini sınırlı olarak sayan eTTK md. 430 hükmünün intifa senedi sahipleri kuruluna uyarlanması, hükmün içeriğinin tahvil sahiplerinin sorunlarına uygun olarak düzenlenmiş olması nedeniyle sorun yaratmıştır.⁵⁵⁵ Öğretide bir görüş, tahvil sahipleri kurulunun, ortaklıktan ziyade tahvil sahiplerini koruma amacına hizmet ettiği ve kurulun Kanun'da sayılan yetkilerinin, kısa vadede haklardan fedakârlık olarak algılanabilmesine karşın, sonuçta hak sahiplerinin yararlarına olacak ya da hakları mutlak anlamda ihlal etmeyecek genel kurul kararlarını onaylamak biçiminde tezahür etmesi gerektiği yönündedir. Anılan çerçevede, intifa senedi sahipleri kurulu da, oy çokluğu ile alacağı kararlarla, ancak ifade edilen türdeki sonuçlara hizmet eden genel kurul kararlarına onay vermeye yetkili olacaktır.⁵⁵⁶ Dolayısıyla, kurulun, kurucu intifa senetlerinin ortadan kaldırılması anlamına gelen bir genel kurul kararını onama yetkisi ile donatıldığından bahsedilemeyecek olup, bunun gerçekleştirilebilmesi için, her menfaat sahibinin ayrı

kategorideki hak sahiplerinin burada belirlenen yeter sayı ile rızalarını beyan etmeleri gerektiğini ifade etmektedir.

İntifa senedi sahipleri kurulunun karar mekanizmasının işleyişi hakkında açıklamalar için ayrıca bkz. *İmregün*, Kurucu Senetleri, 488.

⁵⁵⁴ Kurucu menfaati sahiplerinin kâr payından yararlanma haklarının ilk esas sermaye ile sınırlı olup olmadığı sorunu bağlamında verdiği kararlarda konuyu inceleyen Yargıtay da, söz konusu hususta farklı yönde kararlar almış olup, sorunun net bir biçimde çözülmesine katkıda bulunamamıştır. İlgili Yargıtay kararları ve değerlendirmeleri için bkz. *Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı; *Kendigelen*, İtfa.

⁵⁵⁵ *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 489 vd.; *Kendigelen*, İtfa, s. 1069, 1070.

⁵⁵⁶ Aksi yönde bkz. *Kendigelen*, İtfa, s. 1073: Yazar, kurulun, senedin ihracının ardından gelişen olaylar karşısında ortaklığın varlığını sürdürebilmesi amacıyla hakları sınırlandırıcı yetkilerle donatılmış olduğunu ifade eder.

ayrı onayı gerekecektir.⁵⁵⁷ Konuya ilişkin diğer bir görüş ise, varılan bu sonuca, yalnızca hakların karşılıksız (ivazsız) olarak sona erdirilmesi haline özgü olarak katılmaktadır. Bahsi geçen görüş uyarınca, eğer hakların bir bilirkişi heyetinin yanı sıra bağımsız bir değerlendirme kurulu tarafından belirlenmiş ve ortaklık tarafından hak sahipleri lehine depo edilmiş bir ivaz karşılığında, objektif koşullarda sona erdirilmesi söz konusu ise, kurulun oy çokluğuyla alacağı bir kararın tüm hak sahiplerini bağlaması gerekmektedir.⁵⁵⁸ Kanımızca anılan son değerlendirme yerindedir. Nitekim mehz İBK md. 657/4 hükmünde de açıkça, kurulun çoğunluğun onayı ile alacağı bir kararla, hakların biri ya da tümünden feragate ilişkin bağlayıcı karar almaya yetkili olduğu ifade edilmektedir. Öte yandan, tahvil sahipleri kuruluna yapılan atfın, intifa senedi sahipleri kurulunun yetkilerinin belirlenmesinde yetersiz kaldığı hususu İsviçre hukuku öğretisinde de dile getirilmektedir.⁵⁵⁹ Ayrıca, intifa senetlerinin çoğunlukla hamiline yazılı olarak çıkarılmaları nedeniyle, kimlikleri bilinmediğinden hak sahiplerine ulaşılmasının güçleştiği; dolayısıyla, her halükârda, kurulun karar alması için öngörülen mutlak çoğunluğun sağlanmasının zor olduğu da vurgulanmaktadır.⁵⁶⁰ Her ne kadar eTTK md. 298 hükmünde, kurucu menfaatleri için çıkarılacak senetlerin nama yazılı olması gerektiği öngörülmüşse de, eTTK md. 402 veya 403 hükümlerinde, olağan intifa senetleri için böyle bir belirleme yapılmış

⁵⁵⁷ *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 490.

⁵⁵⁸ *Kendigelen*, İtfa, s. 1072 vd. Yazar bu görüşünü, eTTK md. 430 hükmünün 4. bendinin, kurulu tahvil sahiplerinin alacaklarının pay senetleri ile değiştirilmesine ilişkin karar alabilme yetkisi ile donattığı, bu bağlamda sona erdirilen intifa senetleri karşılığında pay alınmasına karar verebilecek olan intifa senedi sahipleri kurulunun, hak sahipleri için belki de daha avantajlı olabilecek olan, senetlerin karşılığında nakit verilmesi yönünde karar almasının evleviyetle mümkün olması gerektiği savı ile desteklemektedir. Öte yandan, yazarın da dikkat çektiği üzere, *İmregün* (Kurucu Senetleri, s. 489), eTTK md. 298 hükmünün kurucu menfaatlerinin para ve bedelsiz hisse senedi alma gibi ortaklık sermayesinin azalmasına neden olacak biçimde tezahür edemeyeceğini öngörmesinden yola çıkarak, kurucu senetleri karşılığında hak sahiplerine pay senetleri verilmesinin mümkün olmadığı görüşündedir.

⁵⁵⁹ *Trüeb*, s. 400, Art. 657 Nr. 20.

⁵⁶⁰ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 274, § 26, Nr. 29.

değildi. Bu çerçevede, eTTK dönemi bağlamında, kurucu intifa senedi dâhil tüm intifa senedi sahiplerinin tek bir kurul oluşturacağı kabul edildiğinde, İsviçre hukukunda ifade edilen bahis konusu sorunun, Türk hukuku uygulaması için de geçerli olduğu görülecektir.⁵⁶¹ Yine tahvil sahipleri kurulunun hükümlerine yapılan atfın bir gereği olarak, kurulu toplantıya anonim ortaklık yönetim kurulu çağırarakla yükümlüdür (eTTK md. 429).⁵⁶² Yönetim kurulunun başlıca görevleri ise, ortaklık genel kurulunun kararlarını yürütmek, ortaklığın amacını gerçekleştirebilmesi için gerekli kararları almak⁵⁶³ ve özellikle ortaklık işlerinin ortaklık yararına uygunluğunu gözlemektir.⁵⁶⁴ Sözü geçen görevleri dikkate alındığında, yönetim kurulunun, birtakım genel kurul kararlarının uygulanmasına engel olabilecek nitelikte kararlar alabilecek olan intifa senedi sahipleri kurulunu toplantıya çağırmaktan imtina etmesi oldukça olası görünmektedir.⁵⁶⁵ Dolayısıyla, kurul sisteminin, bu açıdan da pratikte uygulanması zor bir sistem olarak kendini gösterdiği ifade edilebilir.

TTK'nın bünyesinde artık tahvillere ilişkin hükümler yer almamaktadır. Böylece, tahvil sahipleri kurulu da Kanun kapsamında yer alan bir kurul olmaktan çıkmış ve bunun doğal sonucu olarak, intifa senetlerine ilişkin hükümde buraya yapılan atıf da kaldırılmıştır. İntifa senedi sahiplerinin bir kurul oluşturacağına ilişkin Kanun'a

⁵⁶¹ Tahvil sahipleri kuruluna ilişkin eTTK md. 429 hükmü, toplantıya daveti, ortaklık genel kurulunun toplantıya davetine ilişkin hükümlere tabi tutmuştur. Buna göre toplantı öncesinde toplantıya katılma hakkını haiz olanların bir listesi düzenlenmeli ve asılmalıdır (eTTK md. 432), *İmregün*, Kurucu Senetleri, s. 488.

⁵⁶² *Kendigelen*, İtfa, s. 1070.

⁵⁶³ *Çamoğlu (Tekinalp/Poroy)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 303 - 305 Nr. 522, s. 306 Nr. 523.

⁵⁶⁴ *Çamoğlu (Tekinalp/Poroy)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 331, 332 Nr. 564.

⁵⁶⁵ Bununla beraber, yine eTTK md. 429 hükmüne yapılan atıf uyarınca, intifa senetlerinin beşte birine sahip olanların talebi üzerine yönetim kurulu ve denetçiler için kurulu toplantıya çağırma zorunluluğu doğmakta olup, ayrıca senet sahiplerinin, ihtiyaç halinde toplantıya davete kendilerinin yetkili kılınması talebiyle mahkemeye başvurabilme olanaklarının bulunduğu da ifade edilmelidir.

başka bir hüküm de eklenmiş değildir.⁵⁶⁶ Dolayısıyla sorun artık yalnızca, esas sözleşmede konuya ilişkin bir düzenleme olmadığı takdirde, anonim ortaklık genel kurulunun, gerçekleştireceği bir esas sözleşme değişikliğiyle intifa senedi sahiplerinin haklarını ve bu doğrultuda kurucuların kâr payına ilişkin menfaatlerini sınırlandırıp sınırlandıramayacağı ya da bunları ortadan kaldırıp kaldıramayacağı hususlarına indirgenmiş bulunmaktadır. Kâr payı haricindeki diğer mali nitelikteki menfaatler ile ortaklığın malvarlığına etki etmeyecek nitelikteki menfaatler bakımından ise durum, bunların senede bağlanması söz konusu olmadığından, eTTK döneminde de hâlihazırda anılan noktada olup, çözüme kavuşturulması gereken sorunda TTK dönemi için bir değişiklik olmamıştır.

Kurucu menfaatlerinin anonim ortaklıkla kurucular arasındaki bir sözleşmenin ürünü olması, menfaat sahibinin onayı olmaksızın ilgili menfaatlerde bir değişiklik yapılmasına veya menfaatlerin ortadan kaldırılmasına engeldir. Dolayısıyla, kurul sisteminin kaldırılmış olduğu TTK’da, esas sözleşme ile farklı bir düzenleme öngörülmediği takdirde, menfaatlerde değişiklik yapılmak istendiğinde, her hak sahibinin tek tek rızasının alınması bir zorunluluk arz edecek; aksi halde esas sözleşmede bu yönde yapılan değişiklikler kendilerine karşı ileri sürülemeyecektir. Öte yandan, her ne kadar artık Kanun tarafından getirilen bir zorunluluk olmasa da, sözleşme serbestisi çerçevesinde, pay sahiplerinin esas sözleşmede intifa senedi sahiplerinin bir kurul oluşturacaklarını kararlaştırmaları imkân dâhilindedir. Kurulun karar yeter sayısı pay sahiplerince belirlenebileceği gibi, imtiyazlı pay sahipleri

⁵⁶⁶ *Kendigelen* (İntifa Senetleri, s. 70), eTTK’nın tahvil sahipleri kuruluna yaptığı atfın yetersizliğine değinmekle birlikte, hükmün yorum yolu ile belli bir sonuca varılmasına olanak tanıdığını, bu bağlamda, yeri doldurulmaksızın tamamen kaldırılmasının kesinlikle isabetli olmadığını ifade etmektedir.

kurulu gibi Kanun'da hâlihazırda mevcut olan başka bir kurulun karar alma mekanizmasına atfı yapılması suretiyle de kurul sisteminin sürdürülmesi mümkündür. Benzer bir düzenlemenin, kurucu menfaati sahiplerinin haklarında yapılacak değişiklikler için de öngörülmesine bir engel bulunmamaktadır.

Kâr payı alma hakkı dışındaki mali nitelikteki menfaatler ile anonim ortaklığın malvarlığına etki etmeyecek menfaatler bakımından, hakların sınırlandırılması ya da ortadan kaldırılması yönünde bir genel kurul kararı alınmak veya esas sözleşme değişikliği yapılmak istendiği takdirde, onaylarını almak üzere menfaat sahiplerine ulaşılması sorun yaratmayacaktır. Zira kurucuların isimleri ilk esas sözleşmede yer almaktadır. Menfaatlerin devri, TBK'nın 183 vd. hükümlerinde düzenlenen alacağın devri hükümlerine tabi olduğundan, menfaat sahibinin değişmesi halinde dahi yeni menfaat sahibinin kimliğinin belirlenmesinde sorun yaşanmayacaktır. Aynı durum, intifa senedine bağlanmamış olan kârdan pay alma hakkı için de söz konusudur. Ancak menfaatin intifa senedine bağlanmış olması halinde, yukarıda intifa senedi sahipleri kurulu bahsinde açıklanan sorun burada da gündeme gelecek; emre veya hamiline yazılı olarak düzenlenebileceği öngörülen kurucu intifa senetlerinin (TTK md. 502/2) hamiline yazılı olarak düzenlenmesi halinde devir zincirinin takibi güçlükler yaşanacaktır.⁵⁶⁷ Bu nedenle, kanımızca, kurucu intifa senedi sahipleri için devir zorluğu yaratacak olmakla birlikte, kurucu intifa senetlerinin ortaklıklar için tercih edilir hale gelebilmesi adına eTTK'da yer alan, kurucu intifa senetlerinin nama

⁵⁶⁷ Nitekim *Kendigelen* (İntifa Senetleri, s. 70), TTK Tasarı halindeyken, olağan intifa senetleri ve ayrıca kurucu intifa senetleri çerçevesinde yaptığı değerlendirmede, adı geçen senetlerin hamiline yazılı olmasının olanaklı kılınmasının, yapısal değişikliklere ilişkin öngörülen özel hükümler haricinde, hakların ortaklık tarafından sonradan kaldırılmasını imkânsızlaştıracığı yönünde görüş belirtmiştir.

yazılı olma zorunluluğunun TTK'da da korunması, sorunları daha aza indirgeyebilirdi.

III. KURUCU MENFAATLERİNİ DOLAYLI OLARAK SINIRLANDIRAN VEYA ORTADAN KALDIRAN GENEL KURUL KARARLARI

Ortaklığın kurucuların haklarını doğrudan ihlal eden karar ve eylemleri ile dolaylı olarak ihlal eden karar ve eylemleri arasında bir ayrım yapılması gereklidir.

Ortaklığın, hukuka aykırı olmamakla birlikte, dolaylı olarak menfaat sahiplerinin haklarını etkileyen karar ve eylemlerine karşı menfaat sahiplerinin bir müdahalede bulunup bulunamayacağı noktasında temel kural, anonim ortaklığa karşı (menfaat sahibi sıfatıyla) üçüncü kişi durumunda bulunan kurucuların, ortaklığın kendi menfaatleri doğrultusunda, bağımsız biçimde karar alma yetisini sınırlandıramamaları, anonim ortaklığın menfaatine olan, gelişimine katkı sağlayacak kararlara etki edememeleridir.⁵⁶⁸ Açıklanan kapsamda, örneğin, anonim ortaklığın kârda imtiyazlı paylar veya yeni olağan intifa senetleri çıkarmaya ilişkin kararlarının menfaat sahiplerinin haklarını doğrudan etkileyip etkilemediği tartışılabilir. Kanımızca ifade edilen türdeki kararlar, anonim ortaklığın iç işlerini ilgilendirmekte; dolayısıyla menfaat sahiplerinin haklarının olumsuz etkileneceğinin kesin olarak öngörülebildiği hallerde dahi, ilgili kişilerin onayları alınmaksızın gerçekleştirilebilmeleri gerekmektedir.⁵⁶⁹ Öte yandan, anonim ortaklığın alacağı

⁵⁶⁸ *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 261, 262; *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 704 Nr. 1223. *Teoman* (İntifa Senetleri, s. 282), ayrıca ortaklığın malvarlığına katılmanın ortaksal iradeye tabiyeti beraberinde getirdiğinin altını çizmektedir.

⁵⁶⁹ Aksi yönde bkz. *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 283 vd. Yazar, olağan intifa senetleri bağlamında, imtiyazlı paylar oluşturulması bakımından, bunun haklara dolaylı olarak etki ettiği gerekçesiyle intifa senedi sahiplerinin onaylarının alınmasını gerekli görmemekle birlikte, yeni intifa senedi çıkarılması

kararlara ilişkin bahis konusu serbestîsini dürüstlük kuralı (TMK md. 2) çerçevesinde kullanması da bir zorunluluktur; zira serbestinin sınırsız yorumlanması, ortaklığın, ortaklık menfaatini gerekçe göstererek menfaat sahiplerinin haklarını aşırı derecede sınırlamasına yol açabilecektir.⁵⁷⁰ Bu nedenle, menfaat sahiplerinin, anonim ortaklığın kararları sonucunda haklarında dolaylı olarak gerçekleşen sınırlamalara katlanmalarının gerekip gerekmediği somut olayın özelliklerine göre, karar ya da eylemin haklara etkisinin derecesi ve ortaklığın işlemi gerçekleştirme sebepleri dikkate alınarak belirlenmelidir.⁵⁷¹ Ancak, yapılan değerlendirmelerin sonucunda menfaat sahiplerinin bahsi geçen sınırlamaya katlanmamaları gerektiği kanaatine varılsa dahi, anonim ortaklık genel kurulunun ilgili kararı almasına engel olunması ya da bunun butlanının tespiti veya iptali yoluna gidilmesi söz konusu olamayacak; yalnızca menfaat sahiplerinin zararlarının tazmini gündeme gelebilecektir. Buna karşılık, bahis konusu genel kurul kararı yalnızca hak sahiplerinin haklarını geçersiz kılmak amacı ile alınmışsa, tıpkı hak sahiplerinin onayları alınmaksızın haklarında doğrudan yapılan değişikliklerde olduğu gibi, anılan şekilde dolaylı olarak gerçekleştirilen müdahalelerin de hak sahiplerine karşı geçersizliği ileri sürülebilmelidir.⁵⁷² Aşağıda, kurucu menfaatlerini dolaylı olarak etkilemesi muhtemel olan başlıca genel kurul kararları ele alınacaktır. Söz konusu kararlar, genellikle esas sözleşme değişiklikleri biçiminde ortaya çıkmaktadırlar.

halini, hakları doğrudan etkileyen bir karar olarak değerlendirmekte; söz konusu durumda, eski intifa senedi sahiplerinin onaylarının alınması gerektiğini belirtmektedir. Kanımızca ortaklığın kendi menfaatine olan kararları alabilme serbestisi bağlamında, anılan iki olasılık arasında bir fark bulunmamakta, ikisinin de hakları dolaylı olarak etkileyen kararlar olarak değerlendirilmesi uygun görünmektedir.

⁵⁷⁰ *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 704 Nr. 1223.

⁵⁷¹ *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 259 - 261; *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 704 Nr. 1223.

⁵⁷² *Arsılanlı*, Anonim Şirketler C.I, s. 164; *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 266.

1. Sermaye Artırımı

Kurucuların kâra katılma haklarını dolaylı olarak etkileyen genel kurul kararlarının başında, anonim ortaklığın sermaye artırımı gelmektedir. Ortaklığın dış kaynaklardan, yani yeni paylar çıkarmak suretiyle sermaye artırması halinde ortaklıktaki pay sayısı çoğalacağından, kâra katılan kişilerin sayısı artacak; bu da kurucuların alacakları kâr payı miktarında azalmaya neden olabilecektir. Buna karşın, ortaklığın sermaye artırımı sonucu genişleyen iş hacmi dolayısıyla kârlılığının da artacağı; esas sözleşmede kuruculara dönem kârının belli bir yüzdesinin verilmesi öngörülmüş bulunduğu takdirde, ilgili yüzdenin artan kâra göre belirlenmesinin hak sahiplerinin lehine olacağı, konu hakkında öne sürülen bir diğer görüşü oluşturmaktadır.⁵⁷³ Öte yandan, bahsi geçen görüşün değerlendirilmesinde, TTK'da öngörülen, kuruculara kâr dağıtılabilmesi için pay sahiplerine birinci kâr payı ayrılması koşulunun, hesaplamanın artan pay sahibi sayısından bağımsız gerçekleştirilmesini olanaksız kıldığı ve sermaye artırımının her zaman kârlılığın artması sonucunu doğurmayacağı hususlarının da dikkate alınması gerekmektedir.⁵⁷⁴ Sonuç olarak, sermaye artırımının, kendilerine kârdan pay alma menfaati sağlanmış bulunan kurucuların haklarına ne şekilde etki edeceğinin önceden belirlenmesi mümkün olmadığı gibi, kural olarak, kurucuların genel kurulun sermaye artırımı kararına itiraz etme hakları da bulunmamaktadır.⁵⁷⁵

⁵⁷³ Teoman, İntifa Senetleri, s. 264.

⁵⁷⁴ Teoman, İntifa Senetleri, s. 264; Ernst, s. 189; Broillet, M.: Der Genussschein nach dem neuen schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1950, s. 126.

⁵⁷⁵ Teoman, İntifa Senetleri, s. 263; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, s. 704 Nr. 1223. Aksi yönde bkz. Domaniç, Şerh II, s. 1072: Yazar, bu halde kurucuların onaylarının alınması gerektiğini belirtmekte; ancak kâr payı alma hakkının, yeni paylar dolayısıyla sınırlandırılmasından ziyade, sermaye artırımı esnasında yeni kurucu intifa senetleri çıkarılması suretiyle azaltılması ekseninde söz konusu değerlendirmeyi yapmaktadır.

İç kaynaklardan sermaye artırımı, ortaklığın belli bir amaca özgülenmemiş yedek akçelerinin, kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısmının, geçmiş yıldan aktarılan kârın, mevzuatın bilançoda gösterilmesine ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonların veya henüz dağıtılmasına karar verilmemiş son faaliyet dönemi kârının esas sermayeye eklenmesi suretiyle sermayenin artırılmasıdır.⁵⁷⁶ İç kaynaklardan yapılan sermaye artırımı sonrasında ya yeni bedelsiz paylar çıkarılmakta ve mevcut pay sahiplerine dağıtılmakta ya da mevcut payların itibari değerleri artırılmaktadır.⁵⁷⁷ Dolayısıyla kâra katılanların, bahsi geçen sıfatları uyarınca, söz konusu işlemde bir kazançları olmamaktadır. İşlemin, kâra katılan diğer kişiler ve bu bağlamda özellikle kurucuları olumsuz etkileyip etkilemediğinin tespiti ise, anılan kişilerin sermayeye dönüştürülmesi öngörülen kaynakların oluşumuna katkıda bulunup bulunmadıklarının belirlenmesi ile mümkün olabilecektir.⁵⁷⁸ Kurucuların ve kâra katılan diğer kişilerin TTK md. 348 hükmünün açık atfı gereğince birinci kanuni yedek akçe ayırımına ve koşulları olduğu takdirde, TTK md. 519/2.c gereğince ikinci kanuni yedek akçe ayırımına katlanmaları gerekeceği yönündeki görüşümüz yukarıda belirtilmişti. Birinci kanuni yedek akçe, ortaklığın ödenmiş sermayesinin yüzde ellisini aşmış olması ve sınırı aşan kısmın esas sözleşme ile belli bir amaca özgülenmemiş bulunması halinde serbestçe kullanılabileceğinden, sermaye artırımının bu kaynaktan gerçekleştirilmesine bir engel bulunmamaktadır.⁵⁷⁹ Esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçelerden, TTK md. 519 hükmünde belirtilen kanuni yedek akçe oranının artırılması suretiyle oluşturulanlar kanuni yedek akçe rejimine tabi olurken; ayrı bir

⁵⁷⁶ *Moroğlu*, Sermaye Artırımı, s. 7; *Yurtman (Demir)*, N.: Anonim Ortaklıklar ve Vergi Hukuku Yönünden İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı, İstanbul 1997, s. 1.

⁵⁷⁷ *Moroğlu*, Sermaye Artırımı, s. 207, 208.

⁵⁷⁸ *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 268.

⁵⁷⁹ *Tekinalp*, Bilanço, s. 405; *Moroğlu*, Sermaye Artırımı, s. 217, 218; *Yurtman (Demir)*, s. 55.

kalem olarak ayrılanlardan sermaye artırımına özgülenenler veya belli bir amaca özgülenmemiş bulunanlar sermaye artırımının kaynaklarını oluşturabilmektedirler.⁵⁸⁰ Ortaklık kârına katılan kişiler olmaları ve haklarının, ortaklıkla aralarındaki sözleşme ve dolayısıyla esas sözleşmeden kaynaklanması nedeniyle, kurucuların, kanuni yedek akçelerin yanı sıra, belirtilen ihtiyari yedek akçe ayrımlarına da katlanmaları gerekmektedir. Genel kurul kararı ile ayrılabilir olan olağanüstü yedek akçelerden, kanuni yedek akçeye ve esas sözleşmede öngörülenlere eklenenler, bunlara ilişkin kurallara tabi olurken, ayrı bir kalem olarak ayrılanlar yine sermaye artırımını amacına hizmet edebilecektir.⁵⁸¹ Ancak kurucular, öğretide genel kabul gördüğü ve artık TTK md. 348/3 hükmünden de açıkça anlaşıldığı üzere, olağanüstü yedek akçe ayrımına katlanmak durumunda değildirler. Yapılan açıklamalar ışığında, genel kanuni yedek akçenin kanuni sınırı aşan kısmı ile esas sözleşme ile ayrılması öngörülen isteğe bağlı yedek akçelerden sermaye artırımını yapıldığı takdirde, söz konusu ayrımlara ilişkin yüzdenin kâr matrahlarından düşülmesine katlanmakla yükümlü olan kurucular ile kâra katılan diğer kişilerin, ilgili sermaye artırımından olumlu bir geri dönüş almaları gerektiği akla gelebilecektir. Nitekim bu gibi durumlarda, kâr payı alma hakkı sahiplerinin uğradığı zararların giderilmesi, pay sahiplerinin katkısına karşılık gelen meblağ sermayeye dönüştürülürken diğer kâr payı hakkı sahiplerine nakit bir ödeme yapılması gerektiği yönünde önerilerde de bulunulmuştur.⁵⁸² Kanımızca kurucular ile kâra katılan diğer kişilerin baştan itibaren anonim ortaklığın gelişmesine ilişkin önlemlerin alınmasını kabul etmiş olmalarından⁵⁸³ ve yalnızca dönem kârından talep haklarının varlığı ile kendilerine

⁵⁸⁰ *Moroğlu*, Sermaye Artırımı, s. 223; *Yurtman (Demir)*, s. 57.

⁵⁸¹ *Tekinalp*, Bilanço, s. 409; *Moroğlu*, Sermaye Artırımı, s. 225.

⁵⁸² *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 268.

⁵⁸³ *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 261, 262.

yedeklerin çözülmesi ve dağıtılmasına ilişkin bir hak bahşedilmemiş bulunmasından⁵⁸⁴ hareketle, kural olarak, burada ilgili kişilere bir denkleştirme sağlanması yahut nakit ödeme yapılması gereği bulunmamaktadır.

İç kaynaklardan sermaye artırımının kaynaklarından bir diğeri, önceki yıllardan aktarılan kârlardır. Bunlar, önceki yıllardaki dağıtılabılır net kârın genel kurul kararı ile dağıtılmayıp, ertesi yıla aktarılması sonucu, son hesap dönemi bilançosunda yer alırlar.⁵⁸⁵ Geçmiş dönem kârlarının genel kurul kararı ile ayrılması ve yine genel kurul tarafından serbestçe kullanılabilmesi nedeniyle, bunlar da olağanüstü yedek akçe özelliği göstermekte, dolayısıyla sermaye artırımının kaynağını oluşturabilmektedir.⁵⁸⁶ Söz konusu kaynaktan yapılan bir sermaye artırımında kâr payı alma menfaati tanınmış kurucuların hak sahibi olduklarından bahsedebilmek için, her şeyden önce, anılan kişilere yapılacak kâr dağıtımının genel kurulun kâr dağıtım kararına bağlı olduğunun kabulü gerekecektir. TTK md. 348/3 hükmünün açık ifadesi gereğince, dağıtılabılır kârın varlığı halinde ortaklık genel kurulu kâr dağıtılmamasına karar vermiş olsa dahi, kurucu menfaati sahipleri esas sözleşme ile öngörülen oranda kâr paylarını alacak olduklarından, artık bu kişilerin paylarına düşen kârın ertesi yıla aktarılmasından bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Dolayısıyla, sonraki bir tarihte, geçmiş dönem kârlarından yapılan bir iç sermaye artırımında hak iddia etmeleri de olanaklı görünmemektedir. Aynı sonuç, sermaye artırımı kaynakları arasında yer alıp alamayacağı hususu tartışmalı olmakla

⁵⁸⁴ *Domaniç*, Şerh II, s. 1063; *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 296; *Gürbüz Usluel*, Kâr Payı, s. 129; *Ernst*, s. 192.

⁵⁸⁵ *Moroğlu*, Sermaye Artırımı, s. 226.

⁵⁸⁶ *Moroğlu*, Sermaye Artırımı, s. 226, 227; *Domaniç*, Şerh II, s. 1524; *Yurtman (Demir)*, s. 63.

birlikte,⁵⁸⁷ son dönem kârının, genel kurul tarafından pay sahiplerine dağıtılmasına karar verilmiş olmadığı sürece sermaye artırımını için kullanılabileceğinin kabulü hali için de geçerlidir.⁵⁸⁸

2. Sermayenin Azaltılması

Anonim ortaklık sermayesinin azaltılması, ya payların itibari değerlerinin düşürülmesi ya payların birleştirilmesi ya da bazı payların yok edilmesi şeklinde gerçekleştirilebileceğinden, işlemin yalnızca pay sahiplerini olumsuz etkilemesi olasıdır. Azaltmanın bilanço zararının kapatılması amacı ile yapıldığı hallerde ise, bahsi geçen işlem gerçekleştirilmeseydi zarar kapatılincaya kadar kâr payı alamayacak olan menfaat sahipleri, bundan böyle ortaklık kâr ettiği takdirde yine kârdan pay alabilecek duruma geleceklerdir.⁵⁸⁹ Pay sahiplerinin ortaklığa (ve dolayısıyla kâra) katılımlarının azaltılması suretiyle ortaklığın sağlığa kavuşturulması sonucu yeniden kârdan pay alabilir hale gelen menfaat sahiplerinin durumlarının, kendileri hiçbir fedakârlıkta bulunmadan daha iyi hale gelmesi, anılan kişilerin pay sahiplerine nazaran ayrıcalıklı bir konuma kavuştukları görüşünü beraberinde getirmiş; çözüm olarak ise, söz konusu hallerde, pay sahiplerine kâra katılma açısından ayrıcalık tanınması gerektiği öne sürülmüştür.⁵⁹⁰ Kanımızca, belirtilen şekilde bir menfaat dengelemesinin gerçekleştirilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira pay sahipleri, risk aldıklarının bilincinde olarak ortaklığa belirli bir sermaye

⁵⁸⁷ Tartışmalar ve farklı görüşler için bkz. *Moroğlu*, Sermaye Artırımı, s. 229 – 236.

⁵⁸⁸ Bu halde pay sahiplerine yapılacak belli bir dağıtımdan sonra kâra katılan kişilerin istemlerinin, özvarlık (bedelsiz) pay senetlerinin pay sahiplerine düşen kâr payını aşan kısmı ile sınırlı olacağı hususunda bkz. *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 268.

⁵⁸⁹ *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 270.

⁵⁹⁰ *Broillet*, s. 131, 132; *Ernst*, s. 194.

getirmekte; ortaklık kâr ettiği takdirde buna katılacaklarını, ancak ortaklığın zarar etmesi olasılığında buna da katlanmak durumunda olduklarını bilmektedirler. Pay sahiplerinin ortaklığa katılımları, kurucuların ‘kurucu menfaati sahibi’ sıfatıyla ortaklığa katılımlarından daha yoğundur. Kurucular, menfaatleri ortaklığa karşı gerçekleştirdikleri bir edimin karşılığı olarak elde etmedikleri gibi, kendilerinin, bahis konusu sıfatları dolayısıyla ortaklık zararlarına katılma yükümlülükleri de bulunmamaktadır. Bunun yanında, ortaklık işlerine müdahale hakları pay sahiplerine nazaran çok daha sınırlı olduğundan, kurucu menfaati sahiplerinin ortaklıktaki konumlarının, alacaklılar gibi pasif olduğu ifade edilmektedir.⁵⁹¹ Ayrıca, anonim ortaklığın kuruluşunda verdikleri emekler ve aldıkları risklerin karşılığı olarak elde ettikleri haklar, düzenlemenin adından da anlaşılacağı üzere bir ‘menfaat’, bir ‘ayrıcılık’ olarak ortaya çıkmaktadır. Pay sahipleri ise, genel kurulda sermayenin azaltılmasına karar verecek kişiler oldukları gibi, TTK md. 445 vd. hükümleri uyarınca genel kurul kararını dava etme olanakları da mevcuttur.⁵⁹² Anılan nedenlerle, sermayenin azaltılması sürecinde yalnızca pay sahiplerinin fedakârlıkta bulunmalarından hareketle, menfaat sahiplerinin herhangi bir zarar görmeksizin ortaklığın durumunun iyileşmesinin olumlu sonuçlarından yararlanmalarının pay sahipleri lehine bir denkleştirmeye ihtiyaç gösterdiği görüşüne katılmıyoruz. Sermayenin azaltılmasının, sermayenin kullanılmayan bölümünün pay sahiplerine iadesi amacı ile gerçekleştirildiği hallerde ise, pay sahiplerinin de ilgili işlemde zarar görmeleri söz konusu olmadığından, yukarıda gerçekleştirilen tartışmanın yapılmasına gerek kalmamaktadır.

⁵⁹¹ *Arslanlı*, Anonim Şirketler C.I, s. 162; *Birsel*, Senetler, s. 651.

⁵⁹² Aynı zamanda pay sahibi olmaları dolayısıyla azınlık haklarını kullanabilecek sermaye oranını sağlayabilseler dahi, kurucuların, bu sıfatları nedeniyle elde ettikleri menfaatlerin olumsuz etkilendiği gerekçesiyle genel kurul kararlarının iptalini isteyemeyecekleri yönündeki görüşümüz “Kurucu Menfaatlerinin İhlalinde Dava Olanakları” başlığı altında ele alınacaktır.

3. Belirli Bir Süre İçin Kurulan Anonim Ortaklığın Sözleşmede Öngörülen Süreden Önce Sona Erdirilmesi veya Devamına Karar Verilmesi

Kurucu menfaatleri, ortaklık esas sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ortaklığın mevcudiyeti süresince varlıklarını korurlar. Belirli süre için kurulan ortaklıklar için de durum farklı değildir. Öte yandan, süre sona ermesine rağmen işlere fiilen devam edilmesi suretiyle anonim ortaklık süresiz hale getirilebilir (TTK md. 529/1.a). Belirtilen durumda, devam eden ortaklık eski ortaklığın aynısı olacağından, esas sözleşme hükümlerinde ve ortaklığın yükümlülüklerinde herhangi bir değişiklik gerçekleşmeyecek; menfaat sahipleri, esas sözleşme ile öngörülen haklarından aynı şekilde yararlanmaya devam edeceklerdir.⁵⁹³

Ortaklığın öngörülen süreden önce sona erdirilmesi olasılığında, esas sözleşmede ifadesini bulan, menfaat sahibi ile ortaklık arasındaki sözleşmenin hükümlerinin, süre bakımından tek taraflı olarak değiştirilmesi söz konusu olacağından, hak sahiplerinin zararlarının giderilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁹⁴ Kanımızca burada ikili bir ayrıma gidilmesi daha yerinde olacaktır. Önceden de belirtildiği üzere, esas sözleşmede yer alan kurucu menfaatlerine ilişkin hükümler, anonim ortaklığın organizasyonu ve işleyişini ilgilendiren, adeta onun anayasası olma özelliği gösteren hükümlerden değildirler. Dolayısıyla, kurucu menfaatlerini düzenleyen esas sözleşme hükümleri sevk edilirken, menfaatlerin anonim ortaklığın varlığı için öngörülen belirli süre boyunca geçerliliklerini sürdüreceklerinin açıkça ifade edilmiş olmaması halinde, ortaklığın organizasyonunu ilgilendiren hükümler arasında yer

⁵⁹³ Teoman, İntifa Senetleri, s. 272. Aksi yönde bkz. Domaniç, Şerh II, s. 1072.

⁵⁹⁴ Teoman, İntifa Senetleri, s. 273.

alan ‘süre’ hükmünün değiştirilmesinin, kurucu menfaatlerine ilişkin ikili sözleşmenin hükümlerine tek taraflı bir müdahale olarak değerlendirilmemesi gerekir. Öte yandan ortaklık için öngörülen süre, menfaatlerin geçerliliği bağlamında da açıkça zikredilmişse, ortaklığın belirlenen sürenin dolmasından önce sona erdirilmesi durumunda menfaat sahiplerine tazminat ödenmesi gereğinin ortaya çıkacağı kabul edilmelidir.

4. Yapısal Değişiklikler

Anonim ortaklık genel kurulunun yapısal değişikliklere ilişkin olarak alacağı kararlar da menfaat sahiplerinin haklarını dolaylı olarak etkileyecektir. Bununla birlikte TTK, yapısal değişikliklerde çeşitli hak sahiplerinin korunmasına yönelik bazı özel hükümler öngörmüştür. İlgili hükümlerde her zaman açıkça menfaat sahiplerinden bahsedilmemesine karşın, kanımızca, intifa senedi sahipleri için yapılan düzenlemelerin kıyasen menfaat sahipleri için de uygulanması mümkün olmalıdır. Kurucu menfaatleri de, intifa senetleri kaynaklı haklar da, anonim ortaklık ile hak sahibi arasında gerçekleştirilen sözleşmeler sonucu doğduklarından, dolaylı ihlallerde anılan hak sahiplerinin anonim ortaklığa karşı pozisyonları ayniyet göstermektedir. Ayrıca, kârdan pay alma hakkı biçiminde tezahür eden kurucu menfaatleri ile kâr payı alma hakkı tanıyan olağan intifa senetleri TTK’da aynı rejime tabi tutulmuştur (TTK md. 502/1, son cümle). Yapısal değişikliklerde çeşitli hakların korunmasına ilişkin kanuni düzenlemelerin madde gerekçeleri de, kanun koyucunun, kurucu menfaati sahiplerini de söz konusu özel hükümler kapsamına

alma amacında olduğuna işaret etmektedir.⁵⁹⁵ Buna göre birleşme, bölünme ya da tür değiştirme hallerinde, menfaat sahiplerinin haklarının mümkün olduğunca aynı şekilde korunması gerekir. Koşulların buna olanak vermemesi halinde ise menfaat sahiplerine uygun bir tazminat ödenecektir.

İsviçre öğretisinde, yapısal değişikliklerde haklar aynı şekilde korunamadığı takdirde tek olanağın hak sahiplerine uygun bir nakit ödeme yapılması olmaması gerektiği, bunun yanı sıra menfaat sahiplerinin haklarının artırılması ya da kendilerine, hakları zarara uğradığı oranda denkleştirme tazminatı ödenmesi alternatiflerinin de değerlendirilebileceği savunulmaktadır.⁵⁹⁶ Kanımızca, aynı olanak Türk hukuku bakımından da söz konusu olabilmelidir. Bunun hukukumuzdaki hukuki dayanağı, yapısal değişikliklere ilişkin ortak hükümler arasında yer alan TTK md. 191 hükmünde bulunabilir. Her ne kadar adı geçen hükümde yalnızca ‘ortaklar’dan bahsolunmaktaysa da, TTK md. 140/4 ve 5 hükümlerinin 183. madde gerekçesi ile birlikte değerlendirilmesi, 191. madde kapsamının menfaat sahiplerini de içerecek şekilde geniş olarak belirlenmesini olanaklı kılmaktadır. Ayrıca, birleşmenin ele alınacağı genel kurul öncesinde, ilgili sözleşme ve raporun incelemesine sunulacağı kişiler arasında intifa senedi sahipleri ile menfaati bulunan diğer kişiler de sayılmakta

⁵⁹⁵ Birleşmede ortaklık pay ve haklarının korunmasına ilişkin TTK md. 140 hükmünün gerekçesinde, dördüncü fıkrada yer alan imtiyazlı paylara yönelik olarak yapılan düzenleme için, ortaklıkta mevcut bulunan paylara bağlı özel haklar karşılığında devralan ortaklıkta eşdeğerde haklar veya buna uygun bir karşılık verileceği açıklaması getirilmekte; ‘özel haklar’ın geniş anlam taşıdığı, anılan kavramın, imtiyazlı payları içermekle birlikte imtiyazlı paylara özgülenemeyeceği belirtilmektedir. ‘Özel haklar’ terimi için atıf yapılan TTK md. 183 gerekçesinde ise, kuruculara sağlanan menfaatlerin de adı geçen terim kapsamına girdiği ifade edilmektedir.

⁵⁹⁶ İsviçre hukukundaki tartışmalar için bkz. Pfeifer, M., Schwaninger Preiss, M.: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht) (Hrsg.: Vischer, F.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zürich - Basel - Genf 2012, s. 469, Art 37 Nr. 30; Vogel, A., Heiz, C., Behnisch, U.R., Sieber, A.: FusG Kommentar, Fusionsgesetz, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 37, s. 323 Nr. 22.

(TTK md. 149/1); inceleme hakkını haiz kişilerin kapsamının bu şekilde geniş olarak belirlenmesinin amacı ise, hükmün madde gerekçesinde, haksız menfaat sağlanmasının veya menfaat kaybının önlenmesi olarak açıklanmaktadır. Kanımızca, anılan açıklama da TTK md. 191 hükmünün geniş yorumlanması gereğine işaret etmektedir. Zira birleşme sözleşmesi incelemesine sunulan kişilerden, pay sahibi olmayan kurucu menfaati ve intifa senedi sahipleri genel kurulda oy kullanamayacaklarından, muhtemel hak kayıplarına engel olmaları ancak belirtilen hükümden yararlanmaları suretiyle gerçekleşebilecektir.

IV. HALKA AÇILMADA KURUCU İNTİFA SENETLERİNİN İPTALİ (TTK md. 348/2)

Geçerlilikleri kural olarak ortaklık süresi ile sınırlı olan kurucu menfaatlerinin, anonim ortaklık sona ermeden önce de, sahibinin onayı ve bir bedel karşılığında iptali mümkündür.⁵⁹⁷ TTK md. 348/2, Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra kurulan anonim ortaklıkların, pay senetlerini halka arz etmeden önce kurucu intifa senetlerini herhangi bir bedel ödemedi iptal edeceklerini, aksi hâlde intifa senetlerinin kendiliğinden geçersiz sayılacağını hükme bağlamaktadır. Fıkranın TTK'ya dâhil edilmesinin gerekçesi, TTK md. 348/1 hükmünün ortaklıkların halka açılmasını engellemesi, kurucu intifa senetlerinin borsada işlem gören ortaklıklarda hoş karşılanmaması ve özellikle menkul kıymetler fonlarınca sürekli şikâyeteye konu

⁵⁹⁷ Teoman, İptal, s. 7, 8; Akdağ Güney, Kuruluş, s. 170. Kuruculara tanınan hakların karşılıksız olarak da sona erdirilebileceği, ancak bu halde her bir hak sahibinin onayının alınması gerektiği hususunda bkz. Kendigelen, İtfa, s. 1072.

edilmesi olarak belirtilmiştir.⁵⁹⁸ Düzenleme, öğretide, kurumsal yönetimin öngördüğü, kârın sadece pay sahiplerine ait olması ve üçüncü kişilerle paylaşılamaması anlayışının sonucu olarak değerlendirilmekle birlikte,⁵⁹⁹ birçok açıdan eleştirilerin odak noktası haline gelmiştir.

TTK md. 348/2 hükmü, TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra kurulan anonim ortaklıkların çıkardıkları kurucu intifa senetlerinin sahipleri ile ortaklık arasındaki sözleşmenin 'hisse senetlerinin halka arz edilmesi' bozucu şartına bağlı olarak kurulmuş sayılması ve böylece hak sahiplerinin sözleşmeyi yaparken, ortaklığın halka açılma kararı alması halinde senetlerin bedelsiz olarak ortadan kalacağına icazet vermiş olacaklarının kabulü halinde hukuka uygun olarak yorumlanabilecektir.⁶⁰⁰ Bununla beraber, kurucu intifa senetlerinin böyle bir rejime tabi olmaları, kurucular tarafından tercih edilebilirliklerini önemli ölçüde olumsuz etkileyecektir.⁶⁰¹ Ayrıca TTK md. 348/2 hükmünün lafzı, kurucu intifa senedi sahipleri ile ortaklık arasındaki sözleşmede, fıkra bahsi geçen koşulların gerçekleşmesi halinde menfaatlerin 'bedel karşılığında' ortadan kaldırılacağı yönünde, aksi bir düzenleme yapılmasına dahi engel olacak niteliktedir.⁶⁰² Ortaklıkla

⁵⁹⁸ *Manavgat (Manavgat (Kırca/ Şehirali Çelik), AŞ C.1, s. 294)*, halka açılma sırasında kamuyu aydınlatma yükümlülükleri yerine getirilse dahi paylar borsada işlem görmeye başladıktan sonra yatırımcının kamuyu aydınlatma belgelerini inceleme eğiliminin zayıfladığına ve kollektif yatırım kuruluşlarında portföye alınıp satılacak sermaye piyasası araçlarına portföy yöneticisinin karar verdiğine, dolayısıyla kurucu intifa senetlerinin yatırımcıyı olumsuz etkilediğine dikkat çekerek, söz konusu senetlerin sermaye piyasasının yapısına uygun olmadığını vurgulamakta; ancak fıkranın menfaatler dengesinin kurulmasına uygun bir düzenleme olmadığının da altını çizmektedir.

⁵⁹⁹ *Paslı*, Tanıtım III, s. 215.

⁶⁰⁰ *Teoman*, İptal, s. 10.

⁶⁰¹ *Teoman*, İptal, s. 10. Yazar ayrıca, Gerekece' de ifade edilmese dahi, hükmü önerenlerin de bahsi geçen düzenlemenin kurucu intifa senetlerinin uygulamasına son vereceği görüşünde oldukları yönündeki kanaatini dile getirmektedir, s. 11.

⁶⁰² *Teoman*, İptal, s. 10, 11; *Paslı*, Tanıtım III, s. 216. Aksi yönde, *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 172, 173: Yazar, hükmün yalnızca lafzından hareketle buna emredicilik vasfının tanınmaması gerektiği; Kanun'un amacı, kamu yararı ve ahlakın yanı sıra güçsüz pozisyonda olanın korunması ile kişiliğin

kurucular arasındaki sözleşmenin ortaklıkların halka açılması bozucu şartına bağlı olarak kurulacağı varsayımı, bahis konusu düzenlemeyi, kurucu menfaatlerinin ortaklıkla kurucular arasındaki bir sözleşmenin ürünü olduğu kabulü ile bağdaşır hale getirecek bir yorum olmakla beraber, anılan ‘bozucu şart’ın, tarafların özgür iradeleri ile üzerinde anlaştıkları bir sözleşme hükmü olmayacağı açıktır.⁶⁰³ Bu nedenle, belirtilen şekilde vücuda gelecek bir sözleşmenin hukuka uygunluğunun, en azından ‘sözleşme özgürlüğü’ ve ‘özgürlüklerin hukuka ya da ahlaka aykırı sınırlanması’ noktalarında, TMK md. 23/2 bağlamında sorgulanabileceği kanısındayız.⁶⁰⁴ Bununla birlikte, TMK md. 23/2 hükmünü ihlal edeceğinin kabulünün, ilgili sözleşmenin TBK md. 27 uyarınca kesin hükümsüzlüğüne yol açacağı ve kurucu menfaatleri kurumunu bütünüyle işlemez hale getireceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Anılan gerekçelerle, TTK md. 348/2 hükmünün hukuki bir çerçeve içerisinde ele alınmasının mümkün olmadığı; ancak mevcut haliyle varlığını sürdürdüğü müddetçe, tüm haklı eleştirilere rağmen, emredicilik ilkesinin bir sonucu olarak uygulanması gerekeceği görüşündeyiz.⁶⁰⁵

TTK md. 348 hükmünün ikinci fıkrasına ilişkin bir diğer eleştiri, kıymetli evrak niteliğini haiz olan kurucu intifa senetlerinin, sahiplerine mülkiyet hakkı vermelerinden hareketle, hükmün, malikinin rızası hilafına mülkiyet hakkının özüne

korunması hususları da dikkate alınarak, tarafların aralarındaki sözleşme ile senetlerin bedel karşılığında itfasına ilişkin bir düzenleme yapabileceklerinin kabul edilmesi gerektiği görüşündedir.

⁶⁰³ Aynı yönde bkz. *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 172: “Kanun koyucu taraflar arasındaki bu sözleşmesel ilişkiye müdahalede son derece ileri gitmiştir”. Ayrıca bkz. *Bilgili/Demirkapı*, s. 563.

⁶⁰⁴ TMK md. 23/2: “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.”

⁶⁰⁵ Sorunun, ‘kurucu intifa senetlerinin bulunmaması’nın halka arzın bir koşulu olarak sermaye piyasası mevzuatında düzenlenmesi suretiyle çözüme kavuşturulması gerektiği; böylece, ortaklıkların, bahsi geçen koşulu ortaklıklar hukuku kuralları çerçevesinde yerine getirecekleri ve senetlerin bedelsiz iptali şeklinde haksız bir uygulamanın gündeme gelmeyeceği görüşü için bkz. *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 295; *Gürbüz Usluel*, Kâr Payı, s. 128.

yapılan bir müdahale olarak değerlendirilebileceği yönündedir.⁶⁰⁶ Ayrıca, fıkra da, Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce ve sonra kurulan anonim ortaklıklar ile halka açılmak isteyen ve halka açılmış sayılan ortaklıklar arasında ayrıma gidilmek suretiyle kurucuların farklı muameleye tabi tutulmasının önünün açılmasının, yine temel anayasal ilkelerden biri olan 'eşitlik ilkesi'ne aykırılık teşkil ettiği de öne sürülmektedir.⁶⁰⁷ Kanımızca, her ne kadar fıkra da 'kurucu intifa senetleri'nden bahsediliyor olsa da, bunun ortaklıktan kâr payı alınmasına ilişkin kurucu menfaatinin (senede bağlansın ya da bağlanmasın) karşılıksız olarak ortadan kaldırılması olarak anlaşılması gerekir. Zira pay sahiplerinin kâr paylarının azalması, ilgili menfaat senede bağlanmasa da söz konusu olmakta, hüküm ise yatırımcılara yansıyan bu olumsuz etkinin önüne geçmeyi hedeflemektedir. Daha önce ifade edildiği üzere, kârdan pay alma biçiminde tezahür eden kurucu menfaati de dâhil olmak üzere tüm kurucu menfaatleri, ortaklık esas sözleşmesinde öngörülmelerinin ardından esas sözleşmenin ticaret siciline tescili ile doğmaktadır. TTK'nın yürürlüğe girmesinin ardından aksi görüşlerin ortaya çıkmasına rağmen, menfaatlerin intifa senedine bağlanmasının bir zorunluluk arz etmediğini, senede bağlanmanın yalnızca bunların devrini kolaylaştırmaya hizmet ettiğini kabul etmek gerekir. Hak, hala özünde ortaklık ile menfaat sahibi arasındaki sözleşmeden kaynaklanan şahsi bir hak olma niteliğini korumaktadır. Bu nedenle mülkiyet hakkına ilişkin eleştirinin, kurucu menfaatlerini doğrudan ilgilendirmediği görüşündeyiz. Eşitlik ilkesi de, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme tabi tutulması gereğini ifade ettiğinden ve hakkaniyete uygunluk tartışması bir yana, bizzat TTK md. 348/2 hükmünün gereği

⁶⁰⁶ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 235; Akdağ Güney, Kuruluş, s. 171, 172; Paslı, Tanıtım III, s. 215.

⁶⁰⁷ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 173. Teoman (İptal, s. 9), bu sonucun, hükmü önerenlerin felsefesi ile bağdaşıp bağdaşmadığını sorgularken; Manavgat (Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), AŞ C.1, s. 295) sistem içinde yaratılan tutarsızlığa değinmektedir.

olarak, TTK yürürlüğe girmeden önce ve sonra kurulan anonim ortaklık kurucularının ‘eşit durumda’ olduklarından söz edilmeyeceğinden, kanımızca hükme ilişkin tartışmanın odak noktasını teşkil etmekten uzaktır.

Öte yandan, olağan intifa senetlerine ilişkin TTK md. 502/1 hükmünde TTK md. 348 hükmüne yapılan atfın, md. 348 hükmünün tüm fıkralarını kapsayıp kapsamadığı, dolayısıyla, halka açılacak olan ortaklıklardaki olağan intifa senetlerinin de bedelsiz olarak kaybına yol açıp açmayacağı da tartışma konusudur. Öğretide, anılan hususa ilişkin olarak, TTK md. 348/2 düzenlemesinin Tasarı’da yer almayıp, TBMM görüşmeleri sırasında maddeye eklenmiş olduğuna dikkat çekilmektedir.⁶⁰⁸ Bu çerçevede, TTK md. 502 hükmünde TTK md. 348 hükmünün Tasarı’daki haline atıf yapılmasının, kâr payının hesaplanma yöntemi ile dağıtılabılır kârın varlığı halinde kurucuların esas sözleşmede öngörülen kâr paylarını almaları kuralını içeren düzenlemelerin olağan intifa senetlerine de uygulanmasına olanak sağlaması açısından yerinde olduğu belirtilmektedir. Öte yandan, sonradan eklenen ikinci fıkranın da atıf kapsamında değerlendirilmesi, olağan intifa senetlerinin ortaklığa maddi bir katkıda bulunan ya da ortaklığın menfaati için maddi bir getiriden feragat edenler yararına çıkarıldıkları hususu dikkate alındığında, ortaklığın anılan kişiler aleyhine haksız yere zenginleşmesine neden olacaktır.⁶⁰⁹ Dolayısıyla, yalnızca kurucu menfaatlerine uygulanması olasılığında dahi hukuka uygunluğu pek çok yönden tartışma konusu yapılabilen söz konusu düzenlemenin bir başka açıdan daha sorgulanabilir hale gelmemesi adına ve TTK’nın kanunlaşma sürecinde meydana

⁶⁰⁸ *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 295; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 173.

⁶⁰⁹ *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 295. Ayrıca bkz. Hükme ikinci fıkranın eklenmesinin ardından, özensizlik ve ihmal sonucu maddenin ilk haline atıf yapan 502. maddenin dikkate alınmadığı yönünde *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 173.

gelen değişiklikler de göz önünde bulundurularak, TTK md. 502/1 hükmünde yapılan atfın, TTK md. 348 hükmünün yalnızca birinci ve üçüncü fıkralarına yapılmış olduğunun kabulü uygun olacaktır.⁶¹⁰

V. KURUCU MENFAATLERİNİN İHLALİNDE DAVA OLANAKLARI

1. Genel Olarak

Anonim ortaklık tek taraflı olarak alacağı bir kararla menfaat sahiplerinin haklarını etkileyemeyeceği gibi, menfaat sahiplerinin de, yararlarının azaltılması, haklarının sınırlandırılması, hatta sona erdirilmesi hallerinde dahi, ortaklık menfaatinin gerektirmesi ya da kararın alınması veya işlemin gerçekleştirilmesine duyulan zorunluluk vb. nedenlerle alınan genel kurul kararlarının oluşum süreçlerine ve yerine getirilmelerine engel olamayacakları kabul edilmektedir. Ancak, özellikle kararların yerine getirilmesine engel olamama kuralının istisnasız uygulanması, taraflar arasında bir sözleşmenin varlığı hususu göz önüne alındığında, her zaman hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayacaktır. Diğer yandan anonim ortaklığın, menfaat sahiplerine karşı edimlerini yerine getirmemek suretiyle de bahsi geçen kişilerin haklarını ihlal etmesi mümkündür. Anılan gerekçelerle, somut olayın özelliklerinin dikkate alınması suretiyle, gerektiği takdirde menfaat sahiplerinin kendilerini anonim ortaklık genel kurul kararlarına karşı koruma olanaklarının bulunduğunu kabul etmek uygun olacaktır.⁶¹¹

⁶¹⁰ *Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)*, AŞ C.1, s. 295; *Akdağ Güney*, Kuruluş, s. 174.

⁶¹¹ *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku, s. 704 Nr. 1223.

2. Davalar

Öncelikle menfaat sahiplerinin, haklarını ihlal eden genel kurul kararlarına karşı TTK hükümleri uyarınca iptal davası açıp açamayacakları hususunun tartışılması gerekir. TTK md. 445 hükmünde, genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılmasının sebepleri, ‘kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırılık’ olarak belirtilmiştir. Anılan çerçevede, genel kurulun menfaat sahiplerinin haklarını onayları olmaksızın sınırlandırması veya ortadan kaldırması halinde, en azından dürüstlük kuralına aykırılık gerekçesiyle, ilgili kararın iptalinin istenebilmesi mümkün görünmektedir. Bununla birlikte, hükmün uygulamasında TTK md. 446 düzenlemesinin de dikkate alınması gerekmekte ve anılan madde, iptal davası açabilecek kişileri belirli koşulları karşılayan pay sahipleri, anonim ortaklık yönetim kurulu ve yine belirli koşulların gerçekleşmesi halinde, yönetim kurulu üyeleri olarak belirlemektedir. Dava açabilecek kişilerin kapsamına ilişkin bahis konusu sınırlamayı dikkate alan Yargıtay, bazı kararlarında, kurucu menfaati sahiplerinin aynı zamanda pay sahibi sıfatını haiz olmaları halinde eTTK md. 381 vd. (TTK md. 445, 446) maddeleri uyarınca iptal davası açabileceklerine hükmetmiştir.⁶¹² Önceden de belirtildiği üzere, kurucu menfaatleri düzenlemelerinin kendi içinde bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle ‘pay sahibi olan’ ve ‘pay sahibi olmayan’ menfaat sahipleri biçiminde bir ayrıma gidilerek, ilgili kişilere farklı haklar tanınması, yükümlülükler öngörülmesi veya olanaklar sağlanması uygun olmayacaktır. Ayrıca, kurucu menfaati sahipliğinin paydan ve pay sahipliği sıfatından bağımsız olmasının, kurucu menfaatlerinin benzer düzenlemelere

⁶¹² Yargıtay 11. HD, T. 1.4.1993, E. 92/7645, K.93/2018; Yargıtay 11. HD, T. 27.11.1997, E. 97/6789, K. 97/8612; Yargıtay 11. HD, T. 4.12.1997, E. 97/7206, K.97/8822 (*Moroğlu, Kurucu İntifa Hakkı*, s. 356 vd.)

kıyasla en önemli ayırt edici özelliğini teşkil ettiği hususu da dikkate alındığında, kurucuların pay sahipliği sıfatları dolayısıyla haiz oldukları genel kurul kararlarının iptalini dava edebilme haklarının, menfaat sahipliği sıfatları sonucu elde ettikleri hakların korunması amacıyla kullanılamaması gerektiği kanaatindeyiz.⁶¹³ Zira aksi halde, pay sahibi olan menfaat sahipleri lehine, pay sahibi olmayan menfaat sahiplerine kıyasla fazladan bir korunma mekanizması sağlanmış olacak ve kurucu menfaati sahipleri arasında, haiz bulundukları haklar bakımından bir uyumsuzluk gündeme gelecektir. Diğer bazı Yargıtay kararlarında ise kurucu menfaati sahiplerinin, sırf bu sıfatları dolayısıyla, TTK md. 445 vd. hükümlerine tabi olmaksızın, genel hükümlere göre, haklarını ihlal eden genel kurul kararların geçersizliğinin tespitini ve/veya iptalini dava edebilecekleri belirtilmiştir.⁶¹⁴ Bu bağlamda, esas sözleşmenin ortaklığa karşı pay sahipleri ve üçüncü kişiler lehine talep veya alacak hakkı ihdas eden hükümlerini anılan kişilerin açık veya örtülü rızaları olmaksızın değiştiren, sınırlandıran veya ortadan kaldıran genel kurul kararlarının hak sahiplerini bağlamadığının, genel hükümlere göre açılacak tespit

⁶¹³ Anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinde yer alan, pay sahiplerinin kişiliğine bağlı olan ve borç sözleşmesi niteliğini taşıyan, ortaklığın üçüncü kişilerle yaptığı anlaşmalara ilişkin hükümlerin ihlalinde, ortaklıklar hukukuna ilişkin yaptırımların değil, borç sözleşmelerinin ihlaline ilişkin yaptırımların uygulanacağı görüşü için bkz. *Karasu*, s. 32, 33. Aksi yönde bkz. *Gürbüz Ushuel*, *Kâr Payı*, s. 125.

⁶¹⁴ Yargıtay 11. HD, T. 1.4.1993, E. 92/7645, K.93/2018 (*Moroğlu*, Kurucu İntifa Hakkı, s. 369-371); Yargıtay 11. HD, T. 31.05.2001, E. 2001 / 3163, K. 2001 / 4878 (www.hukukturk.com, Erişim tarihi: 16.7.2016). Anılan son kararda, kurucu menfaati sahiplerinin genel kurul kararlarının iptalini isteyemeyecekleri ifade edilmemekte; ancak haklarını koruyabilmeleri için kendilerine böyle bir zorunluluk öngörülmesinin menfaat sahiplerine gereksiz olarak, ortak sıfatı ile katılma hakları bulunmayan genel kurul kararlarının iptali külfetini yükleyebileceğine ve iptal davasında hak düşürücü sürenin dolması gibi diğer birtakım hukuki engellerin doğmasına yol açabileceğine dikkat çekilmektedir. Bu açıklamada, hak sahiplerinin ‘ortak sıfatı ile katılma hakları bulunmayan genel kurul’ dan söz edilmesi, pay sahibi olmayan kurucu menfaati sahiplerinin de göz önüne alındığı sonucuna götürmektedir. Bahsi geçen kişiler, TTK md. 446 hükmünde öngörülen ‘iptal davası açabilecek kişiler’ kapsamına girmediklerinden, zaten genel kurul kararlarının iptalini isteme olanağını haiz değildirler. Nitekim Yargıtay da, öne sürdüğü farklı gerekçelere rağmen, ‘kurucu pay sahibi’ sıfatı ile iptal davası açmış olan davacının taleplerinin kabulü doğrultusunda karar veren ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına hükmetmiştir.

davası veya itiraz yoluyla her zaman ileri sürülebileceği belirtilmektedir.⁶¹⁵ Bahsi geçen kararlar hak sahiplerine karşı kendiliğinden geçersiz olduklarından, bunların geçersiz kılınmaları için dava açılmasına gerek bulunmamaktadır.⁶¹⁶ Kanımızca, belirtilen olanağın yalnızca kurucu menfaatlerini doğrudan etkileyen genel kurul kararları (esas sözleşme değişiklikleri) için söz konusu olabileceğini kabul etmek gerekir. Zira aksinin kabulü halinde, kendilerine kurucu menfaati tanınması suretiyle anonim ortaklık malvarlığına katılan hak sahiplerinin ortaksal iradeye tabiyetlerinin⁶¹⁷ ve anonim ortaklık menfaatine yönelik olarak alınan kararları engelleme yetkisini haiz bulunmamalarının hiçbir anlamı kalmayacaktır. Bununla beraber, menfaatleri dolaylı olarak etkileyen bir genel kurul kararının, çoğunluk pay sahipleri tarafından ahlaka aykırı biçimde, yalnızca anonim ortaklığa karşı üçüncü kişi konumunda olmaları dolayısıyla genel kurul kararlarını iptal ettirme olanağından yoksun bulunan menfaat sahiplerini zarara uğratmak amacı ile alınması halinde, ilgili kararın da TBK md. 27 uyarınca batıl olduğu kabul edilmelidir.⁶¹⁸ Yapılan açıklamalarda önem arz eden başlıca husus, burada TTK hükümleri uyarınca genel kurul kararının iptalinin dava edilmesinin değil,⁶¹⁹ anonim ortaklıkla arasındaki sözleşmenin hükümlerinin menfaat sahibinin rızası olmaksızın değiştirilmesi

⁶¹⁵ *Moroğlu*, GK Kararlarının Hükümsüzlüğü, s. 222, 223.

⁶¹⁶ *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 259.

⁶¹⁷ *Teoman*, İntifa Senetleri, s. 282.

⁶¹⁸ *Moroğlu*, GK Kararlarının Hükümsüzlüğü, s. 166. Kanımızca burada butlanın TTK özelinde md. 447 kaynaklı olarak değerlendirilmesine de bir engel yoktur. Her ne kadar, hüküm, pay sahiplerinin hakları ile anonim ortaklık temel yapısına odaklanmaktaysa da, gerek butlan kurumunun doğası, gerekse hükmün lafzı uyarınca, ne butlan sebeplerini maddede sayılanlar ve benzerleri ile sınırlandırmak ne de kararın butlanının tespitini talep edebilecek kişileri ortaklık pay sahipleri ile sınırlamak mümkündür.

⁶¹⁹ Olağan intifa senetleri bağlamında, intifa hakkı sahiplerinin genel kurul kararlarının iptalini isteme hakları bulunmadığı hususunda bkz. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, s. 625 § 47 N 33. İntifa senedi sahiplerinin anonim ortaklık malvarlığına katılan kişiler olmalarından hareketle aksi yönde bkz. *Böckli*, s. 2287, Nr. 106. Söz konusu hakkın, esas sözleşmede öngörülmesi halinde kendilerine tanınabileceği yönünde bkz. *Müller, R., Lipp, L., Plüss, A.: Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 4. Aufl., Zurich 2014, s. 328.

dolayısıyla, bahis konusu esas sözleşme değişikliğinin menfaat sahibini hukuken bağlamaması ve bunun tespitinin istenmesinin söz konusu olduğudur.

Anonim ortaklığın, kurucu menfaatleri nedeniyle yüklendiği edimleri yerine getirmemesi halinde menfaat sahipleri, aradaki sözleşme ilişkisi uyarınca genel hükümlere göre açacakları bir ifa davası ile alacaklarını talep etme olanağına sahiptirler. Elbette bahis konusu dava, ancak menfaat sahiplerinin alacaklarının muacceliyetinden sonra gündeme gelebilecektir. Kârdan pay alma hakkı bakımından muacceliyet, genel kurulun faaliyet dönemi bilançosunu onaylaması ile gerçekleşeceğinden, anılan onay kararı ile kurucuların ‘özel bir katılma hakkı’ olarak nitelendirilen kâr payı alma hakları, alacak (talep) hakkına dönüşecek; bu halde kâr payı alacağı kendisine ödenmeyen hak sahibi kurucu, anonim ortaklığa karşı bir ifa davası açabilecektir.⁶²⁰ Aynı olanak, kâr payının eksik ödenmesi hali için de söz konusudur.⁶²¹ Hak sahiplerinin alacaklarını elde etmek amacıyla ilamsız icra yoluna başvurabilecekleri ve ortaklığın buna itirazı halinde itirazın iptali davası ile haklarını savunabilecekleri de kabul edilmektedir.⁶²² Kurucu ile anonim ortaklık arasında, anonim ortaklığa (kurucu ile bir sözleşme yapma ya da kurucuya ortaklıkta bir pozisyon sağlama gibi) yapma borcu yükleyen bir sözleşmenin varlığı halinde de yine ortaklığa karşı ifa davası açılması yoluna gidilmesi mümkündür.⁶²³

Mahkemenin, ortaklığın ilgili edimi yerine getirmesine hükmetmesi halinde, mahkeme kararının ortaklığın irade beyanı yerine geçip geçmeyeceği hususu borçlar

⁶²⁰ Teoman, İntifa Senetleri, s. 287; Moroğlu, Kurucu İntifa Hakkı, s. 323.

⁶²¹ Moroğlu, Kurucu İntifa Hakkı, s. 323.

⁶²² İntifa senedi sahiplerinin sayılan dava haklarını haiz oldukları hususu Yargıtay kararları ile de desteklenmektedir. Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 1.4.1993, E. 92/7645, K.93/2018; Yargıtay 11. HD, T. 27.11.1997, E. 97/6789, K. 97/8612; Yargıtay 11. HD, T. 4.12.1997, E. 97/7206, K.97/8822; Yargıtay HGK, E. 1995/11-1044, K. 1996/159 (Moroğlu, Kurucu İntifa Hakkı, s. 356 vd.)

⁶²³ Oğuzman/Öz, s. 427, Nr. 1415.

hukukunda tartışmalıdır. Karar, irade beyanı olarak kabul edilmez ve hükme rağmen ortaklık sözleşmeyi kurmaktan kaçınırsa, irade beyanında bulunmaya mahkûmiyetin cebren icrası sağlanamayacağından, kurucunun tazminat talebi gündeme gelebilecektir.⁶²⁴

Anonim ortaklığın gerçekleştirdiği hak ihlalleri sonucu menfaat sahiplerinin zarara uğramaları halinde, söz konusu kişilerin TTK md. 553 hükmü uyarınca ortaklık organlarına karşı tazminat davası açıp açamayacakları hususu tartışmaya açıktır.⁶²⁵ Anılan TTK hükmüne göre, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde ortaklığa, pay sahiplerine ve ortaklık alacaklılarına karşı verdikleri zararlardan sorumludurlar. Sorumluluk davasının konusunu oluşturan ‘kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülükler’, yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin kanun ve esas sözleşmede öngörülen, anonim ortaklığı, pay sahiplerini ve alacaklıları korumaya yönelik yapma veya yapmama zorunluluklarını ifade etmektedir.⁶²⁶ TTK md. 553 hükmünün gerekçesinde, Kanun’da eşit işlem ve malvarlığının korunması gibi ilkelerin yanı sıra yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin de açıkça ifade edilmiş olması ve kesin yükümler öngören diğer hükümlerin varlığı aracılığıyla yöneticilerin

⁶²⁴ Oğuzman/Öz, s. 375, 376, Nr. 1239, 1240.

⁶²⁵ Bkz. eTTK döneminde soruyu olumlu cevaplandıran: Moroğlu, Kurucu İntifa Hakkı, s. 324; Teoman, İntifa Senetleri, s. 288, 289; Birsell, Senetler, s. 650. Öte yandan, anılan son yazarın, intifa senedi sahiplerinin alacaklılara tanınan bazı haklardan yararlanacakları ve bu bağlamda örneğin TTK md. 530 (eTTK md. 435 - Organların Eksikliği) uyarınca ortaklığın feshini talep edebilecekleri yönündeki görüşüne (aynı yönde bkz. Arslanlı, Anonim Şirketler C.I, s. 167) katılma imkânı bulamıyoruz.

⁶²⁶ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 432 Nr. 16-59.

Tekinalp’in (Yeni Hukuk, s. 432 Nr. 16-59) savunduğunun aksine, TTK md. 553 hükmünde ‘yükümlülüklerin ihlali’nden bahsedilmesinin, eTTK md. 336/1, b.5 hükmünde ifade edilen ‘vazifelerin (görevler) yerine getirilmemesi’nden farklı bir sorumluluk kaynağı belirlenmesine hizmet etmediği; ‘yükümlülükler’in, ‘görevler’in bir alt başlığı olarak değerlendirilemeyeceği görüşü için bkz. Altay, A.: Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri, İstanbul 2012, s. 253 vd.; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 304, 305.

yükümlülüklerinin somutlaştırılmış olduğu belirtilmektedir. Kusur sorumluluğunu temel alan hükmün uygulanmasında, ispat yükü davacıya aittir.⁶²⁷ Türk hukukunda hâkim olan görüş uyarınca, pay sahibi ve ortaklık alacaklısının ‘doğrudan zararı’ndan söz edilebilmesi için, ortaklığın eylemi ile (anonim ortaklığın zararından tamamen bağımsız olarak) ilgili kişilerin malvarlığında doğrudan bir değer eksilmesi gerçekleşmesi veya malvarlığında oluşması beklenen değer artışının meydana gelmemesi gerekir.⁶²⁸ Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi 2004 tarihli bir kararında, pay sahiplerinin ve alacaklıların doğrudan zararlarına ilişkin tazminat taleplerinde, kendilerini doğrudan doğruya koruyan anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin bir hükmün ihlal edilmiş olması ya da güvenden doğan sorumluluk gibi, *culpa in contrahendo* ’nun veya TBK md. 49 hükmünün kapsamına giren bir haksız fiil durumunun gerçekleşmiş bulunması gerektiğine hükmetmiştir.⁶²⁹ Yapılan açıklamalar ışığında öncelikle değinilmesi gereken, kanun koyucunun TTK md. 553 bağlamında davacı sıfatına sahip olabilecekler arasında menfaat sahibi sıfatı ile kuruculara ya da olağan intifa senedi sahiplerine yer vermemiş olduğudur.⁶³⁰ Türk ve İsviçre öğretisinde yazarlar, bahsi geçen hükümde sınırlı sayımın söz konusu olduğunu açıkça belirtmemekle birlikte, davacılar kapsamında anonim ortaklık, pay sahibi ve ortaklık alacaklıları haricinde başka bir hak sahibi grubuna değinmemektedirler. Sınırlı sayıma ilişkin kesin bir belirleme bulunmamasından ve kâra katılan kurucular ile olağan intifa senedi sahiplerinin ortaklığa katılan kişiler arasında yer almaları dolayısıyla ortaklık tarafından doğrudan zarara uğratılmalarının

⁶²⁷ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 441 Nr. 16-77; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 305.

⁶²⁸ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 124; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 295, 296; Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 445 Nr. 16-88.

⁶²⁹ BGE 131 III 30 (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/>, Erişim tarihi: 7.1.2016). Ayrıca bkz. Gericke, D., Waller, S.: BSK OR II, s. s. 1504, 1505, Vor Art. 754-761, Nr. 7a ve s. 1513, Art. 754 Nr. 18; Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 445, 446 Nr. 16-88, 16-89.

⁶³⁰ Pay sahibi ya da alacaklıların, yalnızca bu sıfatları dolayısıyla zarara uğramış olmaları halinde sorumluluk davasını açmaya ehil oldukları hk. bkz. Gericke/Waller, s. 1507, Art. 754 Nr. 3.

muhtemel olmasından hareketle, anılan kişilerin de hüküm kapsamında değerlendirilebileceğinin öne sürülmesi mümkündür.⁶³¹ Ancak, kanımızca bu halde İsviçre Federal Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararında öngördüğü koşulların dikkate alınması yerinde olacaktır.⁶³² TTK'ya bakıldığında, doğrudan kurucu menfaati ve/veya olağan intifa senedi sahiplerinin korunmasına ilişkin olarak yapıldığı kanaatine varılabilecek tek düzenlemenin, TTK md. 348 hükmünün, dağıtılabilecek kâr mevcut ise ortaklık kârın dağıtılmamasını kararlaştırmış olsa bile bu kişilerin esas sözleşmede öngörülen kâr paylarını alacaklarını öngören üçüncü fıkrası olduğu görülmektedir. Nitekim ifade edilen kural, TTK md. 553 hükmünün gerekçesinde ortaklık yönetim organının yükümlülüklerinin somutlaştırılmasına hizmet ettiği belirtilen 'ilgili hükümlerin kesin yükümler öngörmesi' hali kapsamına da rahatça dâhil edilebilecektir. Anılan çerçevede, kârdan pay alma hakkı bahşeden kurucu menfaati veya olağan intifa senedi sahiplerinin, faaliyet dönemi sonunda dağıtılabılır kârın mevcudiyeti halinde kâr paylarının kendilerine ödenmemesi durumunda TTK md. 553 uyarınca yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidebilmeleri mümkün görünmektedir. Öte yandan, hem kurucu menfaatleri hem de

⁶³¹ Ancak böyle bir görüş, yalnızca, kurucuların ve/veya olağan intifa senedi sahiplerinin açacakları davanın hukuki dayanağının haksız fiil sorumluluğu olarak belirlenmesi halinde savunulabilecektir. Kurucu menfaati/intifa hakkı sahipleri ile yönetim kurulu üyeleri arasında akdi bir bağ bulunmamaktadır. Bu nedenle, hukuki dayanak sözleşmeye aykırılık olarak belirlendiği takdirde, kurucu menfaati sahiplerinin, taraf olmadıkları bir sözleşmeye dayanarak zararlarının tazminini talep etmeleri söz konusu olacaktır. Bahis konusu istisnai olanağın ise, ancak Kanun'da buna açıkça izin verilmek şartıyla hak sahiplerine tanınması mümkündür (*Çamoğlu*, Sorumluluk, s.123,124 ve s.143-145). TTK md. 553 hükmünde kurucu ve olağan intifa senedi sahiplerinden bahsedilmediğinden, TTK'nın belirtilen istisnai olanağı menfaat sahiplerine tanıdığından söz edilmesi mümkün olmayacaktır.

TTK md. 553 hükmünün gerekçesinde, hükmün hem doğrudan hem dolayısıyla zarara uygulanacağını ifade edilmesi karşısında kurucuların da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gidebilecekleri yönündeki yorumun, yalnızca hak sahiplerinin doğrudan zararlarına ilişkin olarak kabul edilebileceğinin; zira dolayısıyla zarara ilişkin özel düzenleme içeren TTK md. 555 hükmünün, anılan türdeki zararlar bağlamında benzer bir yoruma hiçbir surette olanak tanımadığının altı çizilmelidir.

⁶³² TTK md. 553 gerekçesinde, 'yükümlülükler'in kapsamının somutlaştırılmış olduğundan söz edilmesi, kanımızca kanun koyucunun da İsviçre Federal Mahkemesi'nin bahis konusu tutumunu desteklediğine işaret eder niteliktedir.

intifa haklarının ortaklıkla hak sahibi arasındaki bir sözleşmenin ürünü olduğu dikkate alındığında, tazminat talebi açısından TBK md. 112 hükmünün⁶³³ devreye sokulması da her zaman olası olup, bu bağlamda yarışan hakların mevcudiyetinden söz edilebilir. Diğer taraftan, TTK md. 553 hükmünün, kusurun ispatı yükünü davacıya yüklemesi karşısında, kusursuzluğun ispatını davalıya yükleyen TBK md. 112 düzenlemesi, hak sahipleri için daha avantajlı görünmektedir. Kaldı ki, tazminat davası TTK hükümlerine göre açıldığında sorumluların farklılaştırılmış teselsül uyarınca müteselsil sorumlulukları söz konusu olacakken (TTK md. 557), TBK hükümleri müteselsil sorumluluk için dış ilişkide benzer bir sınırlandırma öngörmemektedir (TBK md. 61, 62).

TTK md. 553 bakımından bir diğer değerlendirme, kârdan pay alma hakkı tanıyan kurucu menfaati ve/veya olağan intifa senedi sahiplerinin, yönetim kusuru dolayısıyla ortaklığın kârlılığını azalttıkları gerekçesi ile yönetim kurulu üyelerinden tazminat talep edip edemeyeceklerine ilişkin olarak yapılabilir. Yönetim kusurunun sorumluluk davasının konusunu oluşturup oluşturamayacağı hususu, TTK md. 553 hükmünün gerekçesinde tartışılmıştır. Gerekçe, bunun açık bir sorumluluk hali olarak düzenlenmediğini ve ‘kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülükler’in TTK’da somutlaştırılması karşısında, bahsi geçen halin hüküm kapsamına dâhil edilmesinin güç olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, durumun, TTK md. 369 hükmünde ‘yönetim kurulu üyelerinin görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmeleri ve ortaklık menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmeleri’ biçiminde tanımlanan özen ve bağlılık yükümlülüğüne aykırılık olarak

⁶³³ TBK md. 112: “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür”.

değerlendirilebildiği hallerde farklı sonuçlara varılabileceği de eklenmiştir. Böyle bir sorumluluk davasının açılabilmesi kabul edilse dahi, davanın, ortaklık malvarlığına katılan kişiler sıfatıyla ve dolayısıyla zararları nedeniyle kurucu menfaati ve/veya olağan intifa senedi sahipleri tarafından açılıp açılmayacağı sorusunun da ayrıca cevaplandırılması gerekir.⁶³⁴ Kanımızca, cevap birkaç nedenle olumsuzdur.

Öncelikle, ortaklığın zararına ilişkin TTK md. 555 hükmü, TTK md. 553 ile uyumlu olarak, dolayısıyla zararı talep edebilecek kişiler arasında yalnızca anonim ortaklık ve pay sahiplerini saymakta; böylece, pay sahipleri dışındaki ‘malvarlığına katılan kişiler’i kapsam dışı bırakır görünmektedir. Zarar gören bakımından dolayısıyla zarar istisnai niteliği haiz olduğu için, söz konusu zararın talebi yalnızca Kanun’da açık bir hükmün varlığı halinde mümkün olabilmekte;⁶³⁵ bu durum da, TTK md. 553 bağlamında (davanın hukuki dayanağı haksız fiil sorumluluğu olarak belirlendiği takdirde) doğrudan zarara ilişkin olarak yapılabilenin aksine, dava açmaya yetkili kişilerin kapsamının yorum yoluyla genişletilmesine olanak tanımamaktadır. Kurucu menfaati ile olağan intifa senedi sahiplerinin, kârın varlığını belgeleyen bilançonun genel kurul tarafından onaylanması ile alacaklı sıfatını kazanacak olmalarından yola çıkılarak, adı geçen kişilerin, bilançonun onaylanmasının ardından anonim ortaklığın alacaklısı sıfatı ile ortaklığın zararlarının tazminini isteyip isteyemeyecekleri hususu da ayrıca sorgulanabilecektir. TTK md. 556, dolayısıyla zarar talebi bakımından alacaklılara, yalnızca anonim ortaklığın iflası ve iflas idaresinin talepte bulunmaması koşulları ile yetki vermiş bulunduğundan, anılan halde de kurucu menfaati ve/veya olağan intifa senedi sahiplerinin dolayısıyla zararları için TTK’ya dayanarak

⁶³⁴ Bkz. eTTK döneminde soruyu olağan intifa senetleri bağlamında olumlu cevaplandıran: *Teoman, İntifa Senetleri*, s. 261.

⁶³⁵ *Çamoğlu, Sorumluluk*, s. 124; *Tekinalp, Yeni Hukuk*, s. 444 Nr. 16-86.

sorumluluk davası açmaları mümkün görünmemektedir.⁶³⁶ Pay sahipleri dışındaki kâra katılan kişilerin, yönetim kusuru dolayısıyla ortaklığın kârının azaltıldığından bahisle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gitmelerinin mümkün olmaması gerektiği görüşüne bir diğer gerekçe olarak aşağıdaki husus sunulabilir: Kurucu menfaatleri ve olağan intifa senetlerinin en önemli ayırt edici özelliklerinden birinin, sahiplerine ortaklığın yönetimine katılmaya ilişkin haklar bahşetmemesi olduğu belirtilmişti. Bu durum göz önüne alındığında, adı geçen hak sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine yönetim kusuru gerekçesiyle tazminat borcu yükleyebilme olanağı sağlanması suretiyle, dolaylı da olsa yönetime müdahale anlamına gelebilecek bir yetki tanınması, TTK ile kurulan sisteme aykırı düşecektir.

Son olarak, menfaat sahiplerinin TTK md. 191 hükmü uyarınca denkleştirme akçesi talep etmelerinin mümkün olduğu yönündeki görüşümüzü, hak sahiplerinin açabilecekleri davalar bahsinde bir kez daha yineleyelim.

⁶³⁶ TBK’da dolayısıyla zararının tazminini öngören tek hükmün, destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin md. 53/3 düzenlemesi olması karşısında, kurucuların genel hükümler çerçevesinde de dolayısıyla zararlarının tazminini talep edebilmeleri mümkün olmamaktadır.

SONUÇ

- TTK md. 337/1 hükmünde kurucular, ‘pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler’ olarak tanımlanmaktadır. Esas sözleşmenin imzalanması, sermayenin getirilmesi, aylara değer biçilmesi vb. kuruluş işlemlerinden sorumluluk bağlamında, ‘kurucu’ kavramının kapsadığı kişilerin çerçevesi genişleyebilmektedir. Sorumluluk, ‘kurucu’ sıfatını haiz olmanın önemli sonuçlarından biri olmasına karşın, kurucu menfaatinin tanınabileceği kişilere ilişkin olarak esas alınması gereken ‘kurucu’ kavramı, Kanun’daki tanımda belirtilen özellikleri bünyesinde barındıran kişilerle sınırlı olarak anlaşılmalıdır.

- TTK md. 338 hükmü, eTTK’dan farklı olarak, tek bir kurucu ile de anonim ortaklık kurulabilmesine olanak tanımaktadır. Kurucu sayısının birden fazla olduğu hallerde, esas sözleşmenin imzalanmasından anonim ortaklığın ticaret siciline tescil edilerek tüzel kişilik kazanmasına kadar geçen süre içerisinde bir ön ortaklığın mevcudiyeti söz konusu olmaktadır. TTK md. 335 hükmünün gerekçesinde, ön ortaklığa ilişkin olarak, eTTK döneminde öğretilerdeki görüşlerle örtüşmeyen ve ön ortaklık kurumunun Alman hukukundaki uygulamasına yaklaşan açıklamalar yer almasına karşın, kurumun niteliği ile hukuki durumunun öğreti ve mahkeme kararlarıyla açıklığa kavuşacağı öngörüsüne de yer verilmektedir. Kanımızca, bu hukuk düzeninin anonim ortaklığın kuruluşuna ilişkin kuralları kaynaklı gereksinimler dolayısıyla Alman hukukunda ortaya çıkmış bulunan, tüzel kişisel

niteliği ön plana çıkan ön ortaklık kurumuna, Türk ortaklıklar hukuku sisteminde ihtiyaç bulunmamaktadır.

- eTTK döneminde öğretide ağırlıklı olarak savunulan, ön ortaklığın, anonim ortaklığın kuruluş aşamasına özgü TTK hükümleri saklı kalmak kaydıyla dış ilişkilerde adi ortaklık hükümlerine ve iç ilişkide, ön ortaklığın bünyesine uygun düşen (anonim ortaklığın kendine özgü yapısına ilişkin kurallar içermeyen) esas sözleşme hükümleri ile yedek hüküm olarak yine adi ortaklık hükümlerine tabi olduğu biçimindeki görüş, kanımızca Gerekçe’de öngörülen yapılanmaya nazaran bugünkü TTK düzenlemesi ile de daha uyumlu ve ihtiyaçları karşılamaya elverişlidir.

- Kuruluş aşamasında, kurucular tarafından ön ortaklık hesabına yapılan işlemlerden sorumlu tutulabilmesi için anonim ortaklığın, ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanmasını takiben TBK md 40/3 hükmü uyarınca alacakları devralması ve borçları üstlenmesi gerekir. Kurucuların, kendi adlarına ya da ön ortaklık adına, anonim ortaklık hesabına yaptığı işlemlerde ise, dolaylı temsil hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bahsi geçen süreçte, kurucular ve diğer kişiler tarafından anonim ortaklık ad ve hesabına gerçekleştirildiği açıkça karşı tarafa bildirilen işlemlere ilişkin olarak ise TTK md. 355/2 hükmü öngörülmüştür.

- Esas sözleşmenin hazırlanması masrafları, sermaye değerlemesi için ihtiyaç duyulan bilirkişilerin ücretleri, avukat, noter, harç masrafı gibi ödemeler, kuruluş giderleri kapsamında değerlendirilmektedir. TTK md. 355/3 hükmü, kuruluş giderlerinin de anonim ortaklık tarafından kabul olunması gerektiğini ifade eder. Kabul beyanında bulunacak olan yine anonim ortaklık yönetim organı olup, söz konusu beyanda bulunulmadığı takdirde, giderlerden kurucular sorumlu olmaya devam edeceklerdir. Burada yalnızca kuruculardan bahsolunup, işlem yapan diğer

kişilere değinilmemesi, kuruluş giderlerini meydana getiren işlemlerin kapsamının doğal bir sonucudur.

- TTK md. 339/2.e hükmünde belirtilen, ‘kuruluştaki hizmeti geçene verilecek ödöl, ücret veya ödenekler’ de kuruluş giderleri içerisinde yer almaktadır. Ancak anılan kalemler esas sözleşmeye yazılacaklarından, TTK md. 355/3 uyarınca anonim ortaklık tarafından bir kabule ihtiyaç göstermeyerek, ticaret siciline tescili ile doğrudan anonim ortaklık tarafından üstlenilmiş olurlar.

- Anonim ortaklığın kuruluş aşamasında ortaya çıkabilecek eksiklikler birtakım yaptırımlara tabi tutulmuştur. Bunlardan en önemlisi ise, TTK md. 353 hükmünde düzenlenen fesih davasıdır. Bahis konusu hüküm, kurucular tarafından gerçekleştirilen işlemlerin anonim ortaklığın geleceğini tamamen ortadan kaldırmaya kadar varan sonuçlar doğurabileceğini göstermesi açısından özellikle ilgi çekicidir. Davanın ‘fesih davası’ olarak düzenlenmesi, tescilden sonra ortaklıkla üçüncü kişiler arasında yapılan işlemlerin ayakta tutulması suretiyle işlem güvenliğinin sağlanmasına hizmet etmesi bakımından önem taşır.

- Amacı hukuka ve ahlaka aykırı olan kişi ve mal topluluklarının tüzel kişilik kazanamayacağını öngören TMK md. 47/2 hükmü, ortaklığın esas sözleşmesinde yer alan veya fiilen takip ettiği amacın hukuka ve ahlaka aykırı olması halinde anonim ortaklıklara da uygulanabilmelidir. Ancak yine işlem güvenliğinin sağlanabilmesi adına, bahsi geçen hüküm uyarınca butlanın tespitini, anonim ortaklıklar açısından, ortaklığın ileriye dönük olarak sona erdirilmesine ve tasfiyeye girmesine karar verilmesi olarak anlamak gerekir. TMK md. 47/2 hükmünün anonim ortaklıklara uygulanabileceğinin kabulü, fesih davasına ilişkin üç aylık hak düşürücü sürenin geçirildiği durumlar için özellikle önem arz eder. Söz konusu durumlar için bir diğer

olanak, öğretideki eleştirilere rağmen, Kanun tarafından kendisine tanınan yetki uyarınca Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın TTK md. 210/3 hükmüne göre fesih davası açabilmesidir.

- TTK'nın hukuki sorumluluğa ilişkin TTK md. 549-562 hükümleri, kural olarak, kuruluş işlemlerine ilişkin olarak kurucuların sorumluluğu bağlamında da uygulama alanı bulmaktadır. Ayın sermaye ya da devralınacak işletme ve ayınların değerlemesinde yolsuzluk yapılmasına ilişkin TTK md. 551 hükmü ise, esasen, değerlendirme raporlarını hazırlayan bilirkişileri hedef almaktadır. Kurucuların yorum yoluyla hüküm kapsamına dâhil edilmesi, TTK md. 549 hükmünü işlevsiz hale getireceğinden, uygun değildir.

- TTK md. 553/1, organ sorumluluğunun yanı sıra, organ sıfatını haiz olmayan kurucuların sorumluluklarını da düzenlemektedir. TTK md. 549-551 hükümlerinde, kuruluş işlemlerinden kaynaklı olarak kurucuların yanı sıra, işlemlere katılan veya hukuka aykırılıklardan haberdar olan kişilerin de sorumlulukları gündeme gelebilmekte iken, TTK md. 553/1 uyarınca yalnız kurucular sorumlu tutulabilmektedir. Ancak söz konusu hükmün uygulaması açısından, TTK md. 337/2 hükmünün bir gereği olarak, hesabına pay taahhüt edilerek esas sözleşme imzalanan kişiler de 'kurucu' sayılacaklardır. Kurucuların TTK md. 553 hükmü kapsamına dâhil edilmiş olmaları, pay sahiplerinin dolayısıyla zararları için dava açabilmelerinin önünü açması açısından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilecektir.

- TTK md. 559 hükmü, kurucuların kuruluştan doğan sorumluluklarının, anonim ortaklığın tescili tarihinden itibaren dört yıl geçmedikçe sulh ve ibra yoluyla kaldırılamayacağını düzenlemektedir. İbra kurumu, aslen,

anonim ortaklık için işlemler yapan kişilerin (yöneticilerin) ortaklığa hesap verme yükümlülüğünün bir uzantısıdır. Adı geçen yükümlülüğün kaynağını, yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık arasındaki vekâlet ilişkisinin sonucu olarak ortaya çıkan sadakat ve özen borcu (TBK md. 506) oluşturmaktadır. Bununla beraber, yönetim kurulu üyelerinin hesap verme borcu, TTK hükümleri vasıtasıyla da kanuni dayanağa kavuşturulmuştur (bkz. TTK md. 376, 377, 413, 437). Kurucuların ibra edilebilmesinin TTK düzenlemeleri ile de hukuki dayanağa kavuşturulması, kurucular ile anonim ortaklık arasındaki ilişkinin tanımlanması ihtiyacını doğurmuş; sözü geçen ilişki, öğretide, ‘asli edim yükümü bulunmayan kanuni borç ilişkisi’ olarak nitelendirilmiştir. Asli edim yükümü bulunmayan borç ilişkisi için borçlar hukuku eserlerinde yapılan, ‘birbiriyle hukuki işlem yapma amacını taşıyan süjeler arasında ortaya çıkan bir ilişki’ açıklaması dikkate alındığında, kurucu ile anonim ortaklık arasındaki ilişkinin belirtilen şekilde tanımlanması uygun görünmemektedir. Anılan tanım, yalnızca, hukuki işlem yapma amacının, hukuken korunmaya değer amaca yönelmiş sosyal teması da içine alacak biçimde daha geniş kapsamlı olarak algılanması halinde kurucu-ortaklık ilişkisini açıklamaya hizmet edebilecektir. Ancak her halükârda, asli edim yükümü bulunmayan borç ilişkisi kaynaklı özen borcu, hesap verme yükümlülüğüne yol açacak kadar sıkı bir güven ilişkisine vücut vermeyecek olsa gerektir. Dolayısıyla kurucuların ibrasını, taraflar arasındaki hukuki ilişki yerine, TTK’da kuruculara özel olarak verilen görevlerin Kanun’a uygun biçimde yerine getirilmemesinden doğan sorumluluk çerçevesinde açıklamak daha uygun olacaktır.

- Kurucu menfaatleri, ortaklığa sermaye koymanın yanı sıra ortaklığın örgütlenmesi, tanıtılması, ortaklığa çalışan sağlanması gibi hususlarda faaliyet

göstermek suretiyle girişimci bir karakter ortaya koyan ve risk alan kuruculara, sözü geçen emeklerinin karşılığı olarak tanınabilmektedir. Anonim ortaklıklarda kurucu menfaatlerine ilişkin başlıca TTK hükmünü, md. 348 oluşturmaktadır. Kurucu menfaatleri bağlamında anonim ortaklığın malvarlığının korunması ilkesini yineleyen, menfaat sahiplerinin kâr payı alma haklarının kapsamını sınırlayan ve ayrıca konuya ilişkin birtakım özel düzenlemeler içeren TTK md. 348 benzeri bir hüküm, ‘özel menfaatler’ kurumunu bünyelerinde barındırmalarına karşın, ne İsviçre ne de Alman hukukunda yer almaktadır. Anılan nedenle, kurucu menfaatlerinin detaylı incelenmesi sırasında, adı geçen hukuk sistemlerine başvurulması yönlendirici olmakla birlikte hukukumuz açısından en doğru uygulamanın belirlenmesi, TTK md. 348 hükmünün getirdiği kuralların yorumlanması suretiyle gerçekleştirilebilecektir. Bahsi geçen yorumun yapılmasında, TTK md. 348 hükmünün lafız ve amaçları, TTK’nın anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinin amaçları ile Kanun’un sisteminin esas alınması gerekir.

- İsviçre ve Alman hukuklarındakinin aksine, kurucu menfaati tanınabilecek kişilerin kapsamı, hukukumuzda, Kanun’daki tanımı ile ‘kurucular’la sınırlandırılmıştır (TTK md. 337/1). Ortaklığın kurulmasında hizmeti görülen diğer kişilere, hizmetlerinin karşılığı olarak ‘ücret, ödenek veya ödül’ (TTK md. 339/2.e) verilmekte; anılan karşılıklar, kural olarak, kurucu menfaatlerinin aksine süreklilik niteliği göstermeyip bir defalık ödemeler olarak gündeme gelmekte ve anonim ortaklığın kuruluş giderleri kapsamında değerlendirilmektedirler.

- Kurucu menfaatleri herhangi bir paya ya da pay grubuna bağlı olmaksızın, bizzat şahsın kendisine tanınırlar. Bunun sonucu olarak, tüzel kişiliğe haiz olan, paya tanınan imtiyazlardan farklı biçimde, kurucu menfaatleri, kurucu ile

anonim ortaklık arasında yapılan bir sözleşme aracılığıyla sağlanmakta, hakların kaynağını bu sözleşme oluşturmaktadır. Haklar sözleşme kaynaklı olmakla birlikte, bahsi geçen sözleşmenin hüküm ve sonuçları, ancak menfaatlere ilişkin düzenlemeleri içeren anonim ortaklık esas sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile doğmaktadır. Sözleşmenin taraflarından birinin anonim ortaklık olması, sözleşme kaynaklı edimlerin yerine getirilebilmesinin ön koşulunun anonim ortaklığın vücuda gelmesi şeklinde belirlenmesini zorunlu kılar.

- Kârdan pay alma şeklinde tezahür eden kurucu menfaati, menfaat sahibine ‘özel bir katılma hakkı’ tanımaktadır. Bahis konusu menfaat için yapılan şarta bağlı alacak ya da talep hakkı nitelendirmeleri, hukuki şart kavramının özellikleri ile hüküm ve sonuçları dikkate alındığında, ilgili menfaatin bünyesine uygun bir tanıma vücut vermekten uzaktır. Esas sözleşmenin tescili ile doğan katılma hakkı, ortaklığın faaliyet dönemi sonunda kâr etmesi ve bu durumun genel kurulun bilançoğu onaylaması suretiyle kesinleşmesi ile alacak hakkına dönüşür. Kârdan pay alma hakkı dışında kalan kurucu menfaatlerinin ise (tesislerden yararlanma, kurucuya ortaklığa getirdiği ayın sermayenin satımında ön alım hakkı tanınması, ortaklıkta uygun veya ömür boyu bir göreve atanma, ortaklığın, ortaklığa ürün sağlanması veya ortaklıktan ürün alınmasına ilişkin kurucuyla sözleşme yapma yükümlülüğü altına girmesi) doğrudan birer alacak hakkı sağladığının ifade edilmesi daha yerinde olacaktır. Zira bunlar, kârdan pay alma hakkının aksine, doğdukları andan itibaren sahiplerine bir alacak hakkının tanıdığı yetkileri tanımaktadırlar.

- Esas sözleşmenin içeriğini belirleyen TTK md. 339 hükmü, kurucu menfaatlerine ilişkin olarak, yalnızca, ‘kuruculara ortaklık kârından sağlanacak menfaatler’in bahis konusu sözleşmeye yazılması gereğinden bahsetmektedir.

Bununla birlikte, menfaatlerin bizzat şahıslara tanınacak olması, öncelikle tanınacakları şahısların belirli olmasını zorunlu kılar. Ayrıca, her ne kadar kanun koyucu kurucu menfaatlerine ilişkin esas sözleşme hükmünü tescilin olumlu etkisine tabi tutmamışsa da, aleniyetin sağlanması, (mevcut ve gelecekteki) pay sahiplerinin ortaklığın yükümlülükleri konusunda bilgilendirilmeleri ve ileride ortaya çıkması muhtemel menfaat çatışmalarına karşı önceden uyarılmaları bağlamında, menfaatlerin tür, içerik ve değerlerinin de esas sözleşmede gösterilmesi yerinde olacaktır. Nitekim esas sözleşmede anılan belirlemelerin yapılması, TTK md. 348/1 hükmünün öngördüğü sınırlara uyulup uyulmadığının tescil öncesinde denetlenebilmesi ve hak sahiplerinin haklarını koruyabilmeleri açısından da önem taşımaktadır.

- Sermaye artırımına ilişkin olarak, eTTK döneminde yapılan ve sermaye artırımını sırasında pay taahhüt edenlere de kurucu menfaatleri tanınabileceği görüşüne neden olan ‘ek kuruluş’ nitelendirmesi kanımızca yerinde değildir. TTK’nın, sermaye artırımına uygulanacak kurallar için ilgili kuruluş hükümlerine tek tek atıf yapma yöntemini tercih etmiş olması, bahsi geçen görüş ve nitelendirmenin savunulmasını güç hale getirmiştir.

- Kurucu menfaatlerinin Kanun’a uygun bir biçimde esas sözleşmede gösterilmemesi, esas sözleşmenin tescili talebinin reddine neden olacaktır. Eksikliklerin sonradan ortaya çıkması halinde ise kurucu menfaatlerine ilişkin hükümler geçersiz sayılacaktır. TTK’nın, menfaat sahiplerinin isimlerinin, menfaatlerin tür, içerik ve kapsamlarının esas sözleşmede gösterilmesi yönünde bir belirleme yapmamış olması nedeniyle, hangi hallerde tescilin reddi ile menfaatlerin geçersizliğinin gündeme geleceği net değildir. Kurucu menfaatlerinin doğası gereği,

en azından sağlanacak menfaatin tür, içerik ve kapsamının esas sözleşmede açık bir biçimde ifade edilmesi uygun olacaktır.

- TTK md. 348/3 hükmünün lafzından, kâr payına ilişkin menfaat bağlamında, kuruculara tanınacak kâr payının oranı ile kârın kurucular arasında ne şekilde paylaşılacağına da esas sözleşmede gösterilmesi gerektiği anlaşılmakta; aynı zamanda fıkranın hem lafzı, hem de amacı, düzenlemenin emredici niteliğine işaret etmektedir. TTK md. 340 ile öngörülen ‘emredici hükümler ilkesi’ ve kâr dağıtım kararının alınmasına ilişkin TTK hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kurucuların kâr payı alma menfaatine ilişkin olarak esas sözleşmede yapılan belirlemenin, dağıtılacak kârın oranını da içermesi gerektiği, aksi halde, emredici hükümlere aykırılık gerekçesiyle esas sözleşmenin ticaret siciline tescilinin reddi gerekeceği sonucuna varılabilmektedir.

- Kurucu menfaatlerinin, anonim ortaklık ile kurucu arasındaki sözleşmeden kaynaklanması ve anılan sözleşmenin aktarıldığı esas sözleşmenin ticaret siciline tescili ile doğması, menfaatlerin varlığı için intifa senedine bağlanmalarının zorunlu olmadığına işaret eder. TTK md. 348/1 hükmünün, kârdan pay alma biçiminde tezahür eden kurucu menfaatlerinin intifa senetleri bağlamında tanınabileceğini öngörmüş olmasını, menfaatlerin senede bağlanmaksızın tanınamayacağı biçiminde yorumlamak mümkün değildir. Kurucu menfaatleri kapsamında, kârdan pay alma hakkının yanı sıra, mali nitelikte olmayan başka haklar da tanınabileceğinden, her kurucu menfaati senede bağlanabilecek nitelikte de değildir. Kaldı ki, sadece kârdan pay alma biçiminde tezahür eden menfaat için böyle bir zorunluluk öngörüldüğünün kabulü dahi yerinde olmayacaktır. Zira anılan değerlendirme, hakkın esas sözleşmenin tesciliyle doğması ve dolayısıyla senetten önce var olmasının bir sonucu

olarak ortaya çıkan, intifa senedinin açıklayıcı kıymetli evrak niteliği ile bağdaşmaz.

Ayrıca, böyle bir düzenleme, hakka ilişkin senedin çıkarılması bir genel kurul kararını gerektireceğinden, genel kurulun bu yönde bir kararı almaktan bilinçli olarak kaçınmak suretiyle hakların kullanılmasını engellemesini de olası hale getirecektir.

- Kurucu menfaatleri paya bağlı olmadıkları için, paydan bağımsız olarak devirleri imkân dâhilindedir. Mali nitelikteki kurucu menfaatleri, kural olarak, üçüncü bir kişiye devredilebilir ve miras yolu ile geçebilir. Öte yandan bazı tür menfaatlerin şahsa sıkı sıkıya bağlı nitelikleri, esas sözleşmede bu yönde bir belirleme yapılmamış olsa dahi, devirlerine engel olabilecektir.

- Senede bağlanmadıkları takdirde TBK'nın alacağın devrine ilişkin hükümleri ile devredilebilecek olan menfaatler, senede bağlanmış olmaları halinde bağlandıkları menkul kıymet türünün devir usulü uyarınca devredilebilirler. TTK ile, menfaatlerin bağlandıkları senedin nama yazılı olma zorunluluğu ortadan kalkmış olup, artık bunlar da emre ya da hamiline yazılı senetlere bağlanabileceklerdir. Kurucu menfaatlerinin hamiline yazılı senetler aracılığıyla da sağlanabilmesi, haklara ilişkin değişiklikler yapılmasının, hakların sınırlandırılmasının veya ortadan kaldırılmasının istenmesi hallerinde onayları alınması gereken hak sahiplerinin tespitini zorlaştıracaktır. TTK ile intifa senedi sahipleri kurulunun Kanun kapsamından çıkarılmış olması, sorunu daha da çözümsüz hale getirmektedir. Öte yandan, ortaklıkların esas sözleşmelerinde, intifa senedi ya da kurucu menfaati sahiplerinin bir kurul oluşturacaklarının ifade edilmesi ve söz konusu kurulun hakkında karar alabileceği hususların belirlenmesi suretiyle sürecin kolaylaştırılmasına yasal bir engel bulunmamaktadır.

- İmtiyazlı paylar, kurucu menfaatlerinin aksine, kârdan pay almanın yanı sıra tasfiye artığından pay alma ve yeni paylardan edinme hakları sağlayabilirler de, mali nitelikte olmayan birtakım haklar yalnızca kurucu menfaatleri aracılığıyla tanınabilmektedir. Kârdan pay alma hakkı açısından bir değerlendirme yapıldığında ise, aynı zamanda pay sahibi olan kurucuların, hazırladıkları ilk esas sözleşmede kendileri için kurucu menfaati öngörmektense, lehlerine kârda imtiyazlı pay yaratmaları daha avantajlı görünmektedir. Zira bu halde ne TTK md. 348/1 hükmünde öngörülen öncelikli ayrımların bazılarına ne de yine bu maddede hükme bağlanan oransal üst sınıra uymalarına ihtiyaç bulunacaktır. Böylece daha yüksek oran ve miktarda kâr payı alabilecekleri gibi, TTK md. 348/2 hükmü ile getirilen, halka açılmada menfaatlerin (bedelsiz) iptali düzenlemesi nedeniyle menfaatlerini sürekli tehdit altında da hissetmeyeceklerdir. Bununla birlikte, paylara imtiyaz tanınmasının da olağan intifa senetlerindeki benzer biçimde, ortaklığa mali bir yarar, karşı bir edim sağlanmış olmasını gerektirmesi sonucu, yalnızca ‘kurucu’ sıfatına sahip olmak, imtiyaz sağlanması için yeterli olmayacaktır. Dolayısıyla kendileri için kârda imtiyazlı pay öngörmek istemeleri durumunda kurucuların, tanınan imtiyazın ortaklığa sağlanan yarara uygunluğunu da tatmin edici biçimde açıklamaları gerekecektir. Anılan boyutu ile imtiyazlı paylar, girişimciliğin ödüllendirilmesi amacına hizmet etmeyecekleri gibi, ‘objektif haklı neden’ koşulunun sağlanamaması nedeniyle imtiyazların geçerli olarak doğmaması veya ilerleyen dönemlerde diğer pay sahipleri tarafından ihtilaf konusu yapılması olasılıkları da gündeme gelebilecektir.

- TTK md. 348/1 uyarınca, kuruculara kâr payı intifa senetleri aracılığıyla tanınabilmektedir. Kurucu menfaatleri ile intifa senedi düzenlemeleri arasındaki

bahis konusu bağlantı, kurucu menfaatlerinin kapsamına TTK md. 348 hükmünde adı geçen kârdan pay alma hakkının yanı sıra, intifa senetleri ile tanınabilecek diğer haklar olan tasfiyeden pay alma ve yeni pay alma haklarının da dâhil edilip edilemeyeceği sorununu beraberinde getirmiştir. TTK döneminde olağan intifa senetlerine ilişkin TTK md. 502 hükmünde yapılan değişiklikler, kurucu menfaatleri ve olağan intifa senetleri düzenlemeleri arasındaki amaç ve işlev farklılıklarının daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmasını sağlamıştır. eTTK md. 402 hükmünden farklı olarak TTK md. 502 hükmünde, lehine intifa senedi çıkarılabilecek kişilere ilişkin örnekler arasında ‘kurucular’ yer almamaktadır. Her ne kadar örneklemeleri takip eden ‘benzer bir sebeple şirketle ilgili olanlar’ ifadesi TTK’da da mevcudiyetini korumak suretiyle, lehine intifa senedi çıkarılabileceklerin hükümde sayılanlarla sınırlı olmadığını göstermekteyse de, hükümden ‘kurucular’ın çıkarılmasının ardından kalan örnekler olan ‘bedeli kanuna uygun olarak yok edilen payların sahipleri’ ile ‘alacaklılar’, ‘benzer sebep’ ölçütünün farklı bir boyutta değerlendirilmesine olanak tanır hale gelmiştir. Belirtilen örnekler, İsviçre ve Alman hukuklarında, intifa senetlerinin, anonim ortaklık lehine kendi konum veya haklarından fedakârlıkta bulunan kişilerin söz konusu fedakârlıklarının denkleştirilmesine hizmet ettiği şeklinde yorumlanmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu hukuklarda, ‘benzer sebeplerle ortaklıkla ilgili olma’nın da, birincil olarak, anonim ortaklığın durumunun iyileştirilmesi adına kendi durumlarının kötüleşmesine katlanan kişileri kapsar biçimde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Öte yandan, hükmün kapsamının bununla sınırlı bulunmadığına da dikkat çekilmekte, ancak intifa senetlerinin her halükârda ortaklığa sağlanan bir yararın, sunulan özel bir hizmetin karşılığı olması gerektiğinin altı çizilmektedir. Kanımızca, TTK açısından da hüküm

anılan şekilde anlaşılmalıdır. Nitekim TTK md. 502/1 hükmünün son cümlesinde, intifa senetlerine kurucu menfaatlerine ilişkin TTK md. 348 hükmünün uygulanacağını belirtilmiş olması, bahsi geçen son düzenlemenin tek var oluş amacının, kârdan pay alma olanağı tanıyan intifa senetlerinin kurucular lehine çıkarılması halinde hak sahibine sağlanacak kârın sınırlarının çizilmesi olarak anlaşılmasını olanaksız kılmaktadır. Kaldı ki, kurucu menfaatlerine ilişkin düzenlemenin anonim ortaklığın kuruluşuna ilişkin hükümler arasındaki yeri korunarak, TTK md. 502 hükmüne bir fıkra olarak eklenmemesi de, kanımızca, yanlış bir kanun yapma tekniğinden ziyade, kurucu menfaatleri ile olağan intifa senetleri arasındaki farka dikkat çekmeye hizmet eden bilinçli bir tercihi yansıtmaktadır.

- Kurucu menfaatleri, TTK md. 348 hükmünün lafzından da anlaşılacağı üzere, kurucuların ortaklığı kurdukları sırada harcadıkları emeğin karşılığı olarak öngörülmüştür. Kurucuların gösterdiği bu ‘emek’, intifa senetleri için tespit edilmiş olan ‘ortaklığa bir yarar sağlama’ koşulu kapsamında değerlendirilemez. Zira bu ikincisi, önceden de belirtildiği üzere, ortaklığın menfaati için bir konum ya da haktan fedakârlık ya da ortaklığa önemli bir ayni sermaye (patent, işletme vb.) getirmek gibi özel hizmetleri içermektedir. Lehine intifa senedi çıkarılabilecek kişilerin, kurucu menfaatlerinin aksine, kurucularla sınırlı tutulmayıp daha geniş ve esnek olarak belirlenmiş olması da anılan nedenledir. Kuruluş sürecinde yukarıda tanımlanan türden bir ‘emek’ ancak kurucular tarafından sağlanabilecekken, ortaklığın yararına bir faaliyet gerçekleştirebilecek kişilerin kapsamının benzer şekilde sınırlandırılması mümkün değildir. Tüm bu gerekçelerle, kârdan pay alma biçiminde tezahür eden kurucu menfaatinin bir intifa senedi aracılığıyla

tanınabilmesinden hareketle, kurumların özdeş olduğu sonucuna varılmaması gerekir. Dolayısıyla, TTK md. 502 ile 503 hükümlerinin TTK md. 348 hükmünü de kapsayan genel bir kural getirdiğinden bahisle, adı geçen son hükümde ifade edilmemiş olan tasfiye artığından pay alma ve yeni pay alma haklarının da kurucu menfaatleri bağlamında sağlanabileceğinin savunulması mümkün görünmemektedir.

- Özellikle geniş hacimli anonim ortaklıklarda tasfiyenin zayıf bir olasılık olduğu göz önüne alındığında, tasfiye sonucunda arta kalan malvarlığından pay alma hakkının, kurucu menfaatleri ile sağlanmak istenen girişimciliği teşvik amacına ne derece hizmet edeceği de oldukça şüphelidir.

- Pay sahiplerinin yeni pay alma hakları, kanun koyucunun TTK ile gerçekleştirmeyi amaçladığının aksine, Kanun'daki açık hükümler gereğince hala esas sözleşme ile sınırlandırılabilmeyle birlikte, bahsi geçen türde bir sınırlamanın münhasıran 'ortaklığın yararı' amacına yönelik olması gerekmektedir. Kurucu menfaatlerinin, intifa senetlerinin aksine, ortaklığa karşı gerçekleştirilen bir fedakârlık ya da özel bir hizmetin karşılığı olmamaları, kurucular lehine diğer pay sahiplerinin yeni pay alma haklarının sınırlandırılmasının, 'münhasıran ortaklığın yararına olma' koşulunu sağlamasına engeldir. Ayrıca kanun koyucunun, söz konusu hakkın esas sözleşme ile sınırlandırılmasının önüne geçmeyi amaçladığı dikkate alındığında, aksi bir sonuca olanak tanıyan ve dolayısıyla istisnai olarak değerlendirilebilecek düzenlemelerin kapsamının, sınırlandırmayı açıkça öngörmeyen bir hükümle genişletilmesinin, hem istisnaların dar yorumlanması kuralına hem de kanun koyucunun amacına ters düşeceği ortaya çıkmaktadır.

- TTK md. 348 hükmünün amacı, anonim ortaklık malvarlığının henüz kuruluş aşamasında azalmasına neden olabilecek, dolayısıyla uzun vadede ortaklık

alacaklılarının aleyhine sonuçlar yaratabilecek yükümlölükler altına girmesine engel olmak biçiminde tespit edildiğinde, kuruculara mali nitelikte olmayan menfaatlerin tanınabileceği sonucuna varılmaktadır. Bu bağlamda, kurucuların anonim ortaklıkta uygun bir göreve atanmaları veya ortaklıkta ömür boyu bir görevde yer almalarının sağlanması mümkün olmalıdır.

- İsviçre ve Alman hukuklarında kurucu menfaatleri örnekleri arasında sıkça anılan, kurucu ile anonim ortaklık arasında ortaklığa ürün sağlanması veya ortaklıktan ürün alınmasına ya da kurucuya lisans verilmesine ilişkin sözleşmeler yapılması hallerinin de, malvarlıksal nitelikte olmayan menfaatler kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Zira belirtilen hallerde menfaat, anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanmasının ardından kurucu ile ilgili sözleşmeyi yapma yükümlölüğü altına girmesi biçiminde tezahür etmekte, sözleşmenin kurulması ve ifa edilmesi süreçleri ise borçlar hukukunun konusunu oluşturmaktadır.

- Lehine kurucu menfaati tanınabileceklerin kapsamının kanuni tanımını uyarınca ‘kurucular’la sınırlanmış olduğu hukukumuzda, ortaklığın tesislerinden ücretsiz ya da indirimli olarak yararlanmaya ilişkin bir menfaatin tanınması anlamlı olmayacaktır. Zira aynı zamanda pay sahibi olan kurucular, pay sahipliği sıfatları dolayısıyla zaten söz konusu hakkı haiz olmakta ve tesislerden yararlanma hakkı, niteliği itibariyle, bazı kişilere ‘daha fazla’ tanınmaya elverişli bulunmamaktadır. Öte yandan, istisnaen bu yönde bir kurucu menfaatinin öngörölmüş olduğu ve menfaatin devredilmesi sonucu pay sahibi olmayan üçüncü kişilerin tesislerden indirimli veya ücretsiz olarak yararlanma olanağını elde ettikleri varsayımında dahi, malvarlığının korunması ilkesinin ihlalinden bahsetmek mümkün olmayacaktır; çünkü anonim ortaklığın aktiflerinden çıkarak menfaat sahibinin malvarlığına giren bir değer söz

konusu değildir. Kuruculara tesislerden indirimli veya ücretsiz yararlanma hakkının sağlanması TTK ilke ve hükümlerini ihlal etmemekle birlikte, anılan türde bir kurucu menfaatiyle sık karşılaşılabileceği olası görünmemektedir.

- Ayın sermayeye ilişkin ön alım hakkı tanınması olasılığında, ortaklık malvarlığından çıkan ayın karşılığında ortaklığa zaten bir ödeme yapılacağı için, ayın değerinin gerçeğe uygun olarak belirlenmesi ve alacaklıların haklarının olumsuz etkilenmemesi koşulları sağlandığı sürece malvarlığının korunması ilkesi açısından bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

- Ciro primi ödemesi, yalnızca ortaklığın kâr ettiği yıllarda gerçekleştirileceği kararlaştırılmış olsa dahi, TTK md. 348/1 hükmü uyarınca öncelikle ayrılması gereken kalemler ayrılmaksızın kurucuya ödeme yapılmasını olanaklı kılacağından, adı geçen hükmün getirdiği kuralların dolanılmasına yol açabilecektir. Bu nedenle, İsviçre ve Alman hukuklarından farklı olarak, kuruculara kârdan pay verilmesine belirli koşul ve sınırlar getiren bir düzenlemenin var olduğu hukukumuzda, ciro primi ödenmesi biçiminde bir kurucu menfaatinin kararlaştırılamaması gerekir.

- Kurucu menfaatlerinin mali nitelikte olup olmamasından bağımsız olarak dikkate alınması gereken en önemli husus, bunların anonim ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerine aykırı bulunmamalıdır. Anılan çerçevede, malvarlığının korunması ilkesinin yanı sıra, anonim ortaklık organlarının münhasır yetki alanları ile eşit işlem ilkesinin de ihlal edilmemesine özen gösterilmelidir. Kurucuların aynı zamanda pay sahipleri olmaları, kurucu menfaatleri aracılığıyla, pay sahipliği sıfatları nedeniyle gerçekleştirmeleri yasak olan bazı faaliyetlerin önünün açılması riskini beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla, anonim ortaklığın kurucu ile iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme yapmayı yükümlenmesi biçiminde bir kurucu menfaati

öngörüldüğü takdirde, ortaklıkla kurucu arasında vücuda getirilecek sözleşmenin pay sahiplerinin anonim ortaklığa borçlanma yasağına ilişkin TTK md. 358 hükmüne de aykırı olmaması gerekir.

- Kurucu menfaatlerinin en sık karşılaşılan türünü, kuruculara kârdan pay alma hakkı tanınması oluşturmaktadır. TTK md. 348 hükmü uyarınca, kuruculara kârdan pay verilebilmesi için, öncelikle, geçmiş yıl kârları ile çözülen yedek akçeleri içermeyen, ancak geçmiş yıl zararları ile vergi borçlarının düşülmüş olduğu net dönem kârından, ödenmiş sermayenin yüzde beşi oranında, TTK md. 519/1 hükmünde öngörülen birinci kanuni yedek akçenin ayrılması gerekir.

- TTK md. 523, kanuni ve esas sözleşmede öngörülen ihtiyari yedek akçeler ayrılmadıkça, pay sahiplerine dağıtılacak kâr payının belirlenemeyeceğini hükme bağlamakta ve TTK md. 348/1 hükmü de, kuruculara ödenecek kâr payının tespiti için, birinci kanuni yedek akçenin ardından, pay sahipleri için yüzde beş oranında kâr payı ayrılacağını düzenlemektedir. Bu çerçevede, kurucuların, birinci kanuni yedek akçenin yanı sıra, esas sözleşme ile öngörülen ihtiyari yedek akçelerin ayırımına da katlanmaları gerekmektedir.

- Genel kurulun karar verebileceği olağanüstü yedek akçe ayrımı ise, kurucular ile ortaklık arasındaki ilişkinin sözleşmesel niteliği ve hakların sonradan genel kurul tarafından tek taraflı olarak sınırlandırılmaması nedeniyle, kurucuların kâr payının belirleneceği matrahın tespitinde dikkate alınmayacaktır. Kurucuların kâr paylarının muacceliyetinin, genel kurulun kâr dağıtım kararı almasına bağlı olmaması da bu sonucu destekler niteliktedir.

- TTK md. 519/2.c hükmünde, ikinci kanuni yedek akçenin, pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödendikten sonra kara katılan kişilere dağıtılacak toplam

tutar üzerinden hesaplanacağını belirtilmiş olması, kâr edilen her faaliyet döneminde pay sahiplerine en az yüzde beş oranında kar payı ödenmesi gerektiği ya da söz konusu birinci kâr payı ödemesi gerçekleştirilmeden kuruculara kâr dağıtılamayacağı biçiminde yorumlanmamalıdır. Her ne kadar Kanun'un ifadesi bu şekilde bir yorumu neredeyse zorunlu kılmaktaysa da, hükmün amacından hareket edilmesi daha uygun olacaktır. Yedek akçelerin, anonim ortaklık malvarlığının temelini güçlendirmeye hizmet ettiği hususu dikkate alındığında, ikinci kanuni yedek akçe ayrımının gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğine yalnızca pay sahiplerine dağıtılan kâr payının oranına göre karar verilmesi, malvarlığının korunması ve emredici hükümler ilkeleri ile çelişmektedir. Ortaklık malvarlığından gerçekleşen çıkış karşılığında yedeklere ayırım yapılmak suretiyle malvarlığının korunması bağlamında önlem alınması noktasında, Kanun'da üst sınır olarak öngörülen oranı aşan ödemenin kime yapıldığının bir önem arz etmemesi gerekir. Bu çerçevede, TTK md 519/2.c düzenlemesinin, mehz İBK hükmüne ilişkin olarak İsviçre öğretisinde kimi yazarlar tarafından önerildiği üzere, ödenmiş sermayenin yüzde beşine göre hesaplanmak suretiyle ikinci kanuni yedek akçe ayrılmaksızın dağıtılabilecek azami kâr miktarının belirlenmesinin ardından, dağıtılan 'toplam kârın' sınırı aşan kısmının yüzde onunun ikinci kanuni yedek akçe olarak ayrılması gerektiği şeklinde anlaşılması yerinde olacaktır.

- TTK md. 348 hükmünde pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ayrılacağını ifade edilmesi, kuruculara dağıtılacak kârın belirleneceği matrahın tespitine olanak tanımanın yanı sıra kâr payı dağıtım sırasını da ortaya koymaktadır. Kâr dağıtım sırasında diğer kâra katılanların pay sahiplerine kıyasla hangi konumda bulundukları ve söz konusu kâra katılımların hangi koşullar altında

gerçekleşebileceği, kurucu ve intifa senedi sahipleriyle (TTK md. 348) yönetim kurulu üyelerinin kazanç paylarında (TTK md. 511) olduğu gibi, ilgili katılım türlerinin düzenlendiği özel hükümlere göre tespit edilebilmektedir. Dolayısıyla, kanuni yedek akçelerin ayrılma sırasını, koşullarını ve bunların kullanım alanlarını belirlemeye hizmet eden TTK md. 519 hükmüne, belirtilenlerden daha fazla bir anlam yüklenmesine gerek bulunmadığı gibi, böyle bir yorum yerinde de olmayacaktır.

- Esas sözleşmede aksi öngörülmediği sürece, kuruculara dağıtılacak kâr payının ortaklığın ilk sermayesi ile sınırlı olmadığına kabulü gerekir. Pay sahiplerine yapılacak kâr payı ödemesinin, anılan kişilerin sermaye payı için ortaklığa yaptıkları ödemelerle orantılı olarak hesap edileceği kuralını getiren TTK md. 508 hükmü, burada uygulama alanı bulmamalıdır. Zira kurucu menfaati olarak kuruculara dağıtılması öngörülen kâr payı, ortaklığa getirilen sermayenin değil, kuruluştaki verilen emekler ve özellikle girişimciliğin karşılığıdır. Kurucu menfaatlerinin süreklilik gösteren niteliği, kâr paylarının belirli bir andaki sermaye miktarına oranla tespitine engeldir; çünkü ortaklık, ilk faaliyete başladığında yalnızca sermayesi ile çalışmakla birlikte, zaman içerisinde ortaklığın kâr ya da zarar etmesine neden olan yalnızca sermayeden yapılan harcamalar değil, genel olarak malvarlığından yapılan yatırımlardır. Dolayısıyla ortaklığın belirli bir andaki sermayesi ile kuruculara verilecek kâr payı arasında bir ilişki kurmak kanımızca olanaklı değildir. Tanınan menfaat aracılığıyla elde edilen kâr payının, ilerleyen yıllarda emeklerin ve girişimciliğin karşılığı olmaktan öteye geçeceği yönündeki endişenin, menfaatin ilk esas sözleşmede belirli bir süre için öngörülmesi ya da

menfaat sahibinin onayı alınarak sonradan sınırlandırılması ya da ortadan kaldırılması suretiyle giderilmesi mümkündür.

- Anonim ortaklık kârından pay alma hakkı, pay sahiplerinin nisbi müktesep haklarından sayıldığından, bahis konusu hakkın, kanunların yanı sıra, özüne dokunulmadığı ve dürüstlük kuralına uygun hareket edildiği sürece esas sözleşme ve genel kurul kararları ile de sınırlandırılması mümkündür. Bu doğrultuda, ilk esas sözleşmeyle ve böylece tüm mevcut pay sahiplerinin oy birliği ile öngörülen kâr payı almaya ilişkin kurucu menfaati, pay sahiplerinin kârdan pay alma hakları bağlamında bir hak ihlali teşkil etmemektedir.

- Kurucu menfaatleri, esas sözleşmede belirli bir süre ile sınırlandırılmadıkları takdirde, anonim ortaklığın varlığı süresince geçerlidirler. Ancak ortaklıkla kurucu arasındaki sözleşmede, menfaatlerin çeşitli durumların gerçekleşmesi halinde sona ereceğinin öngörülmesi ya da ortaklığa tek taraflı olarak hakları sona erdirmeye yetkisinin verilmesi de mümkündür. İfade edilen şekilde bir belirleme yapılmadığı takdirde, ilişkinin sözleşmesel niteliği gereğince, ortaklığın tek taraflı olarak hakları sınırlandırma ya da ortadan kaldırma yetkisi bulunmamaktadır. Menfaat sahibinin onayı olmaksızın alınan bu yönde bir karar, kendisine karşı ileri sürülemeyecektir.

- Tahvillere ve tahvil sahipleri kuruluna ilişkin eTTK md. 429 vd. hükümlerinin TTK bünyesine dâhil edilmemesi, söz konusu hükümlere atıf yapılmak suretiyle düzenlenen intifa senedi sahipleri kurulunun da Kanun kapsamında yer almamasına neden olmuş; eksiklik başka bir düzenleme ile de giderilmemiştir. TTK çerçevesinde, esas sözleşmede benzer bir kurulun oluşturulacağının öngörülmesi ve kurulun yetki alanı ile karar yetersayılarının belirlenmesi ya da imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu gibi Kanun bünyesinde hala mevcut olan bir düzenlemeye atıf

yapılması, sözleşme serbestîsi uyarınca her zaman mümkündür. Böyle bir belirleme yapılmadığı takdirde, hak sahiplerinin haklarını doğrudan etkileyen kararların kendilerine karşı hüküm ifade edebilmesi için her birinin tek tek onayının alınması bir zorunluluk olarak kendini gösterecektir.

- Anonim ortaklığın, doğrudan menfaatleri sınırlandırmayı ya da kaldırmayı amaçlayan kararlarının yanı sıra, ortaklığın menfaati doğrultusunda hukuka uygun olarak alacağı farklı konulara ilişkin birtakım kararlarla da ilgili hakları dolaylı biçimde etkilemesi mümkündür. Menfaat sahiplerinin haklarına nasıl etki edeceğinin önceden tespiti mümkün olmayan sermaye artırımı, sermayenin azaltılması, belirli süre için kurulan ortaklığın öngörülen süreden önce sona erdirilmesi ya da devamına karar verilmesi, yeni kârda imtiyazlı paylar veya yeni olağan intifa senetleri çıkarılması gibi kararlara ilişkin olarak temel kural, menfaat sahibi sıfatıyla ortaklığa karşı üçüncü kişi durumunda bulunan kurucuların, ortaklığın kendi menfaatleri doğrultusunda ve bağımsız olarak karar alma yetkisini sınırlandıramamaları, ortaklığın menfaatine olan, gelişimine katkı sağlayacak kararlara herhangi bir müdahalede bulunamamalarıdır. Bununla birlikte, ortaklığın da serbestîsini dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanması gerekir. Zira serbestînin sınırsız biçimde yorumlanması, ortaklık menfaati gerekçe gösterilmek suretiyle kurucuların haklarının aşırı derecede sınırlandırılmasına yol açabilecektir. Bu nedenle, menfaat sahiplerinin haklarında dolaylı olarak gerçekleştirilen sınırlamalara katlanmalarının gerekip gerekmediği, somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Anılan çerçevede yapılan değerlendirme, ilgili kişilerin söz konusu sınırlamalara katlanmalarının gerekmediği sonucuna ulaştırırsa bile, genel kurulun hakka müdahale teşkil eden kararı almasının engellenmesi ya da kararın butlanı veya iptali yoluna

gidilmesi söz konusu olamayacak; yalnızca menfaat sahiplerinin zararlarının tazmini talep edilebilecektir.

- Yapısal değişikliklere ilişkin genel kurul kararlarıyla, ilgili esas sözleşme değişiklikleri, kurucu menfaatlerini dolaylı olarak etkilemektedir. Kanun koyucu TTK'da, birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerinde, bazı haklara ilişkin koruma hükümleri öngörmüştür. Söz konusu hükümlerde, 'kurucu menfaatleri' açıkça anılmamış olmakla birlikte, ilgili madde gerekçeleri ile mehz İBK hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, kurucu menfaatlerinin de koruma kapsamına dâhil edilebileceği anlaşılmaktadır. Buna göre, yapısal değişikliklerde, kurucu menfaatleri mümkün olduğunca aynı şekilde korunmalı, bu gerçekleştirilemediği takdirde ise hak sahiplerine uygun bir tazminat ödenmelidir. Ayrıca, kurucu menfaatinin konusunu oluşturan hakkın gerektiği gibi korunmaması ya da tazminata ilişkin makul bir belirleme yapılmaması hallerinde kurucular, TTK md. 191 hükmünden de yararlanabilmelidirler.

- TTK md. 348/2 hükmü, Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra kurulan anonim ortaklıkların pay senetlerini halka arz etmeden önce kurucu intifa senetlerini herhangi bir bedel ödemedi iptal edeceklerini, aksi hâlde intifa senetlerinin kendiliğinden geçersiz sayılacağını hükme bağlamaktadır. Fıkra her ne kadar 'kurucu intifa senetleri'nden bahsediliyorsa da, anılan ifadenin, senede bağlanmış olsun ya da olmasın, kuruculara kârdan pay alma hakkı sağlayan kurucu menfaatleri biçiminde anlaşılması gerekir. Zira hükmün öngörülme nedenlerine ilişkin olarak gerekçede öne sürülen savlar, senede bağlanmayan kârdan pay alma menfaati için de aynı oranda geçerlidir. Fıkranın lafzı, bahsi geçen menfaatin, karşılığında bir bedel ödenmek suretiyle ortadan kaldırılacağı yönünde bir esas sözleşme düzenlemesinin

dahi önünü alacak niteliktedir. TTK md. 348/2 hükmü, ortaklıkla kurucu arasındaki sözleşmenin, ortaklığın halka açılması bozucu şartına bağlı olarak kurulduğunun varsayılması suretiyle, ilişkinin niteliğine uygun biçimde yorumlanabilmektedir. Ancak böyle bir sözleşmenin geçerliliği, özgürlüklerin hukuka ya da ahlaka aykırı sınırlanması noktasında TMK md. 23/2 bağlamında sorgulanabilecek ve anılan hükmün ihlal edildiğinin kabulü, kurucu menfaatlerine ilişkin sözleşmelerin TBK md. 27 uyarınca kesin hükümsüzlüğüne yol açarak düzenlemeyi bütünüyle işlemez hale getirebilecektir. Açıklananlar ışığında, mevcut haliyle varlığını sürdürdüğü müddetçe, tüm haklı eleştirilere rağmen, emredici hükümler ilkesinin (TTK md. 340) bir gereği olarak hükmün uygulanmaya devam edileceğinin kabulü gerekecektir.

- Anonim ortaklığın, ilgili hakları tek taraflı olarak sınırlandırmak ya da ortadan kaldırmak suretiyle kurucu menfaatlerini doğrudan ihlal etmesi ya da ortaklık faaliyetlerinin gerektirdiği hukuka uygun kararlar alarak dolaylı biçimde olumsuz etkilemesi olasıdır. Anılan durumlarda menfaat sahipleri haklarını korumak için çeşitli dava olanaklarını haizdir. TTK md. 445 hükmünde düzenlenen ortaklık genel kurul kararlarının iptalini dava etme hakkının menfaat sahipleri tarafından kullanılması, söz konusu haktan yararlanabilecekler arasında bahis konusu kişilerin sayılmaması nedeniyle mümkün değildir (TTK md. 446). Bununla birlikte hüküm, belirli koşullarda pay sahiplerinin ilgili davayı açmalarına olanak tanımakta, menfaat sahipleri de çoğu halde aynı zamanda pay sahibi sıfatına sahip bulunmaktadır. Ancak, kurucu menfaatlerinin benzer düzenlemelere kıyasla en önemli ayırt edici özelliğinin paydan ve pay sahipliği sıfatından bağımsızlık olduğu dikkate alındığında, pay sahipliği sıfatının sonucu olarak elde edilen genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma hakkının, kurucu menfaatlerinin korunması amacı ile

kullanılması çelişkilere vücut verecektir. Ayrıca, kurucu menfaatleri düzenlemesinin bir bütün olarak değeriendirilmesi ve menfaat sahipliğı kaynaklı hak, yükümlölük ve olanakların bütün muhtemel muhatapları kapsayacak şekilde tespit edilmesi uygun olacağından, bir grup menfaat sahibinin (pay sahibi olan) genel kurul kararlarına karşı iptal davası açabileceğinin, bir başka grubun ise (pay sahibi olmayan) söz konusu yetkiyle donatılmamış bulunduğunun kabulü, bahsi geçen bütönlüğe zarar verecektir. Dolayısıyla, kurucu menfaati sahiplerinin, pay sahibi olsun ya da olmasın, menfaatlerinin ihlal edildiğı gerekçesiyle genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma yetkilerinin bulunmadığı kanaatindeyiz. Kaldı ki, ortaklığın kurucu menfaatlerini doğrudan ihlal eden kararlarının iptalinin dava edilmesi gereğı dahi bulunmamaktadır. Zira esas sözleşmenin, pay sahipleri ya da üçüncü kişiler lehine talep ve alacak hakkı ihdas eden hükümlerini hak sahiplerinin rızası olmadan sınırlandıran veya ortadan kaldıran genel kurul kararları, hakların kaynağını taraflar arasındaki sözleşme oluşturduğundan, zaten belirtilen kişilere karşı hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır. İlgili kararların menfaat sahiplerini etkilemediğı hususu, her zaman genel hükümler uyarınca açılacak bir tespit davası ya da itiraz yoluyla ileri sürülebilecektir.

- Ortaklığın kendi menfaatine olan kararları alabilme serbestisi ile anılan husustaki yetkilerinin üçüncü kişiler tarafından sınırlandırılmaması, menfaatleri dolaylı olarak etkileyen genel kurul kararları için yukarıda belirtilen yorumun yapılmasına engel olsa da, bahsi geçen kararların yalnızca menfaat sahiplerini zarara uğratmak amacı ile alınmış olması hallerinde, TBK md. 27 hükmünde yer alan butlan düzenlemesinin işletilebileceğı kabul edilmelidir. Ayrıca, hakları dolaylı olarak ihlal

eden genel kurul kararları ve ortaklık eylem veya işlemlerinin gündeme gelmesi halinde tazminat davası yolu ile zararların tazmininin talep edilmesi mümkündür.

- Ortaklık, pay sahipleri ve ortaklık alacaklılarının ortaklık organlarına karşı tazminat davası açma haklarını düzenleyen TTK md. 553 hükmünden kurucular tarafından faydalanılabilmesi ise, yalnızca kurucu menfaati sahiplerinin haklarının korunmasına yönelik bir Kanun hükmünün ihlali halinde söz konusu olabilir. Bahsi geçen koşulu sağlayan tek TTK düzenlemesi ise, faaliyet dönemi sonunda dağıtılabilecek kâr mevcut ise, ortaklık pay sahiplerine kâr dağıtmamayı kararlaştırmış olsa bile kurucuların esas sözleşmede öngörülen kâr paylarına hak kazanacağını düzenleyen TTK md. 348/3 hükmüdür. Anılan hükmün ihlali halinde kurucular, TTK md. 553 uyarınca ortaklık organlarından tazminat talep edebilecekleri gibi, ortaklıkla aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunması nedeniyle, TBK md. 112 hükmünden de yararlanabilirler. TBK md. 112 hükmü, kusurun ispatını davacıya yükleyen TTK md. 553 düzenlemesinin aksine kusursuzluğun ispatını davalıya yüklediğinden ve TTK md. 553 hükmünün uygulanması halinde farklılaştırılmış teselsüle göre sorumluluk söz konusu olurken, TTK md. 112 uyarınca müteselsil sorumluluk için dış ilişkide benzer bir sınırlama öngörülmemiş bulunduğundan, doğrudan zararların tazmini bakımından TTK md. 112 hükmü kurucular için daha avantajlı bir tercih olarak değerlendirilebilecektir.

- Kurucular, doğrudan zararları için TTK md. 553 ile TBK md. 112 arasında bir seçim yapma olanağını haiz bulunurlarken, karşı karşıya kalmaları muhtemel olan dolayısıyla zararlar bakımından aynı yorumun yapılması olanaklı değildir. Zira dolayısıyla zarar, zarar gören bakımından istisnai olduğundan, belirtilen türdeki zararın tazmininin talep edilmesi ancak Kanun'da konuya ilişkin açık bir hükmün

varlığı halinde söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla zararların tazminine ilişkin TTK md. 555 hükmü, davacı olabilecekleri, ‘anonim ortaklık’ ve ‘pay sahipleri’ biçiminde sınırlı olarak saydığından, kurucuların, yönetim kusuru dolayısıyla ortaklığın kârını azalttıkları gerekçesiyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gitmeleri olanaklı değildir. Kaldı ki, kurucuların böyle bir alternatifleri bulunduğu kabulü, menfaat sahiplerinin dolaylı da olsa ortaklık yönetimine katılabilecekleri anlamına geleceğinden, en önemli ayırt edici özelliklerinden biri sahiplerine yönetime ilişkin haklar bahşetmemek olan kurucu menfaatleri düzenlemesi ile de bağdaşmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, B.:** “Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlandırılması ve Kaldırılması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 1, 2014, s. 1-48.
- Akdağ Güney, N.:** “Anonim Şirketler Eşit İşlem İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 3-4, 2014, s. 115-135 (Anılış: Eşit İşlem).
- Akdağ Güney, N.:** Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, İstanbul 2016 (Anılış: Yönetim Kurulu).
- Akdağ Güney, N.:** Anonim Şirketlerde Kuruluş, İstanbul 2014 (Anılış: Kuruluş).
- Aktaş, M.:** Oydan Yoksun Hisse Senetleri, Ankara 2006.
- Akünel, T.:** “Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 5, 1969, s. 257-278.
- Altay, A.:** Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri, İstanbul 2012.
- Ansay, T.:** Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Ankara 1982.
- Arsılanlı, H.:** “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 23, S. 3-4, 1958, s. 248-290 (Anılış: Pay Sahipliği).
- Arsılanlı, H.:** Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960 (Anılış: Anonim Şirketler C.I).
- Arsılanlı, H.:** Anonim Şirketler II – III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller İstanbul 1960 (Anılış: Anonim Şirketler C. II-III).
- Arsılanlı, H.:** Anonim Şirketler, IV. Kısım: Anonim Şirketin Hesapları, V. Kısım: Anonim Şirketin İnfisalı ve Tasfiyesi, İstanbul 1961 (Anılış: Anonim Şirketler C. IV-V).
- Ateşagaoglu, E.:** Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı, İstanbul 2012.
- Ayoğlu, T.:** “Yeni Pay Alma Hakkının Sınırlandırılması ve Kaldırılması”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul 2009, s. 659-675.
- Aytaç, Z.:** “Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara 1985, s. 297- 338. (Anılış: Rüçhan Hakkı).
- Aytaç, Z.:** Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara 1982 (Anılış: İbra).

- Aytaç, Z.:** Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1988.
- Bahtiyar, M.:** Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001 (Anılış: Anasözleşme).
- Bahtiyar, M.:** Ortaklıklar Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2016 (Anılış: Ortaklıklar Hukuku).
- Barlas, N.:** Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 2012.
- Bilgili, F., Demirkapı, E.:** Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa 2013.
- Bilgin, Y.:** Anonim Ortaklıklarda Kâr Dağıtımı ve Kâra Katılan Kişiler, Ankara 1982.
- Birsel, M.T.:** “Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Temsil Etmeyen Senetler”, BATİDER 1966, C. III, S. 4, s. 649-660 (Anılış: Senetler).
- Birsel, M.T.:** Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı, C. 1, İzmir 1973 (Anılış: Kâr Kavramı).
- Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts. (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, Bundesblatt Nr. 11 vom März 2008.
- Böckli, P.:** Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.
- Broillet, M.:** Der Genussschein nach dem neuen schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1950.
- Bürgi, W.:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Zürich 1957.
- Canözü, S.:** Anonim Şirketler Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, 2. Bası, Ankara 2016.
- Çamoğlu, E.:** “6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili”, s. 1-4. Arslanlı Bilim Arşivi (www.arslanlibilimarsivi.com)
- Çamoğlu, E.:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle), 3. Bası, İstanbul 2010 (Anılış: Sorumluluk).
- Çelik, A.:** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesinin İbrası, Ankara 2007.
- Doğanay, İ.:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt, 4. Bası, İstanbul 2004.
- Domaniç, H.:** Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi II, İstanbul 1988 (Anılış: Şerh II).
- Domaniç, H.:** Anonim Şirketler, İstanbul 1978 (Anılış: Anonim Şirketler).
- Druey, J. N., Druey Just, E., Glanzman, L.:** Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich 2015.

Erdem, E.: “Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul 2009, s. 339-419.

Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara 2016.

Erimez, R.: Şirketlerde Kâr Dağıtımı, Yedek Akçeler ve Vergileme, 3. Bası, İstanbul 1985.

Eriş, G.: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995.

Ernst, T.: Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1963.

Facincani, N., Sutter, R.: “Meldepflichten des Aktionärs bei privaten Aktiengesellschaften – Auf dem Weg zum gläsernen Aktionär?”, Der Treuhandexperte 2015, s. 216-219.

Fahran, F.: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Yedek Akçeler ve Yedek Akçe Ayrılması”, Yaklaşım Dergisi, S. 224, Ağustos 2011, s. 94-102.

Forstmoser, P., Meier-Hayoz, A., Nobel, P.: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Frey, M.: Statutarische Drittrechte im Schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1979.

Baker&McKenzie (Hrsg.): Fusionsgesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2003 (Anılış: SHK FusG).

Geßler, E., Eckardt, U., Hefermehl, W., Kropff, B. (Hrsg.): Aktiengesetz Kommentar, Band 1: §§ 1-75, München 1986.

Giray, E.: “Anonim Şirketlerde Kuruluşta Doğan Hukuki Sorumluluk”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), 2012, C.18, S. 2 (Özel Sayı), s. 431-440.

Goette, W., Habersack, M., Kalss, S. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz., Band 1: §§ 1-75, 4. Aufl., München 2016 (Anılış: MüKo).

Göksoy, Y.C.: “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003, s. 363-440.

Gutzwiller, M., Hinderling, H., Meier-Hayoz, A., Merz, H., Pietet, P., Secretan, R., von Steiger, W., Vischer, F. (Hrsg.): Schweizerisches Privatrecht, Basel 1982.

Gürbüz Usluel, A.E.: “Yeni Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Anonim Ortaklıklarda Kamu Denetiminin Değerlendirilmesi”, BATİDER, C. 28, S. 1, Mart 2012, s. 157-190.

Gürbüz Usluel, A.E.: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, Ankara 2016 (Anılış: Kâr Payı).

Helvacı, M.: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001.

Henssler, M., Strohn, L. (Hrsg.): Beck'sche Kurz-Kommentare Band 62, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., München 2016.

Honsell, H., Vogt, N.P., Watter, R. (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012 (Anılış: BSK OR II).

Hopt, K.J., Wiedemann, H. (Hrsg.): Aktiengesetz Großkommentar, Erster Band: 1. Einleitung, §§ 1-53, 4. Aufl., Berlin 2004.

Hölters, W. (Hrsg.): Aktiengesetz Kommentar, 2. Aufl., München 2014.

<http://www.servat.unibe.ch/dfr/>

Huguenin Jacobs, C.: Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994.

Hüffer, U., Koch, J. (Hrsg.): Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 53, Aktiengesetz, 12. Aufl., München 2016.

İmregün, O.: "Anonim Ortaklıklarda Kurucu Senetleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 45, S. 1-4, s. 477 - 491 (Anılış: Kurucu Senetleri).

İmregün, O.: "Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002, s. 413 - 434 (Anılış: Kâr Payı Hakkı).

İmregün, O.: Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul 1989 (Anılış: Anonim Ortaklıklar).

Junker, M.: "Der Sondervorteil im Sinne des § 26 AktG", Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Band 159, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1995, s. 207-216.

Karacan, A.İ., Erişir Karacan, E.: Halka Açık Şirketlerde Kâr Dağıtımı, İstanbul 2016.

Karahan, S. (Ed.): Şirketler Hukuku, 2. Bası, Konya 2013.

Karahan, S.: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul 1991 (Anılış: İmtiyazlı Paylar).

Karasu, R.: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Ankara 2015.

Karayalçın, Y.: Bilanço Hukuku, Ankara 1979.

Karshoğlu, H.: Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı, Ankara 2015.

Kartscher, P., Rossi, B., Suter, D.: Wirtschaftsprüfung – interne und externe Revision, Systematischer Überblick für Wirtschaftsprüfer, Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Zurich 2013.

Karyağdı, N.: Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı, 4. Bası, İstanbul 2014.

- Kendigelen, A.:** “Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu”, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl, Makalelerim, İstanbul 2001, s.285-329 (Anılış: Kuruluş).
- Kendigelen, A.:** “Kurucu İntifa Senetlerinin İtfası”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, I. Cilt , İstanbul 2009, s. 1063-1076 (Anılış: İtfâ).
- Kendigelen, A.:** “Türk Ticaret Kanunu Tasarısında İntifa Senetleri”, BATİDER, Haziran 2009, C. XXV, S. 2, s. 57-72 (Anılış: İntifa Senetleri).
- Kendigelen, A.:** Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012 (Anılış: İlk Tespitler).
- Kervankıran, E.:** “Ön Şirket ve Hukuki Niteliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), 2012, C.18, S. 2 (Özel Sayı), s. 349-369.
- Kırca, İ., Şehirali Çelik, F.H. , Manavgat, Ç.:** Anonim Şirketler Hukuku, C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara 2016.
- Kırca, İ., Şehirali Çelik, F.H. , Manavgat, Ç.:** Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013 (Anılış: AŞ C. 1).
- Kırca, İ.:** “Tüzel Kişiliğin Kazanılmasından Önce Anonim Şirket Adına Yapılan İşlemler (TTK 301/II)”, BATİDER 1998, C. XIX, S. 4, s. 85-113.
- Kishali, Y.:** Şirketler Muhasebesi, 16. Bası, İstanbul 2015.
- Kocayusufpaşaoğlu, N.:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, 5. Bası, İstanbul 2010.
- Korkut, Ö.:** “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), 2012, C.18, S. 2 (Özel Sayı), s. 411-429.
- Kostkiewicz, J., Nobel, P., Schwander, I., Wolf, S. (Hrsg.):** OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2009.
- Küchler, M.:** Besondere Vorteile nach Art. 628 Abs. 2 OR, Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser (Zindel, G.G., Peyer, P.R., Schott, B.), Zürich 2008, s. 50-64.
- Manavgat, Ç.:** Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara 2016 (Anılış: HAAO).
- Manavgat, Ç.:** “Türk Ticaret Kanunu’nun Halka Arz Kavramına Yaklaşımı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), 2012, C.18, S. 2 (Özel Sayı), s. 401-410 (Anılış: Halka Arz).
- Manavgat, Ç.:** “Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A Maddesi Hükümüne Göre Kaydi Sistemin Esasları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 2, 2001, s. 159-191 (Anılış: Kaydi Sistem).

Meier-Hayoz, A., Forstmoser, P: Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen, 10. Aufl, Bern 2007.

Moroğlu, E.: “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 515-529 (Anılış: Anasözleşme).

Moroğlu, E.: “Kurucu İntifa Hakkı Sahiplerinin Kâr Payı Talep Hakları ve Yargıtay Kararları”, Makaleler I, İstanbul 2006, s. 319-355 (Anılış: Kurucu İntifa Hakkı).

Moroğlu, E.: 6102 s. Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 7. Bası, İstanbul 2014 (Anılış: GK Kararlarının Hükümsüzlüğü).

Moroğlu, E.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler, 8. Bası, İstanbul 2016.

Moroğlu, E.: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 3. Bası, İstanbul 2015 (Anılış: Sermaye Artırımı).

Müller, R., Lipp, L., Plüss, A.: Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zurich 2014.

Narbay, Ş.: Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Ankara 2003.

Nomer, F.: “Anonim Ortaklıklarda Eşit İşlem İlkesi”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 469-490 (Anılış: Eşit İşlem).

Nomer, F.: Anonim Ortaklıklarda Oydan Yoksun Paylar, İstanbul 1994 (Anılış: Oydan Yoksun Paylar).

Nomer, F.: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999.

Oğuzman, K., Öz, T.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 13. Bası, İstanbul 2015.

Pash, A.: “Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2- Kısım 4- Bölüm 1 “Kuruluşa İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler ve Kuruluş İşlemleri””, BATİDER 2012, C. XXVIII, S. 2, s. 141-199 (Anılış: Tanıtım II).

Pash, A.: “Yeni Türk Ticaret Kanunu, Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (III), YTK Kitap 2 – Kısım 4 – Bölüm 1 “Kuruluşun Hükümleri””, BATİDER 2012, C. XXVIII, S. 3, s. , s.193-234 (Anılış: Tanıtım III).

Poroy, R., Tekinalp, Ü., Çamoğlu, E.: Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul 2014 (Anılış: Ortaklıklar I).

Poroy, R., Tekinalp, Ü., Çamoğlu, E.: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2009 (Anılış: Ortaklıklar Hukuku).

Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 2. Bası, Ankara 2015 (Anılış: Şerh C. I).

- Pulaşlı, H.:** Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 2. Bası, Ankara 2015 (Anılış: Şerh C. II).
- Roberto, V., Trüeb, H.R. (Hrsg.):** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530-771 OR, 2. Aufl., Zürich 2012.
- Sagasser, B.:** Sondervorteile bei der Gründung einer Aktiengesellschaft, Die Entwicklung zu § 26 Absatz 1 AktG nach der 2. Rechlinie der EG (Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Band 103), München 1986.
- Sayar, Z.:** Oydan Yoksun Hisse Senetleri ve Vekaleten Oy Kullanma Sistemlerine İlişkin Olarak Hazırlanan Notlar, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporları, Ankara 1992.
- Schmidt, K., Lutter, M. (Hrsg.):** Aktiengesetz Kommentar, I. Band: §§ 1-149, 3. Aufl., Köln 2015.
- Serozan, R.:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, -EK: Uygulama Çalışmaları-, İstanbul 2014.
- Sieewart, A.:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil: Die AG und GmbH, Dritte Lieferung (Art. 625-631), Zurich 1941.
- Sirmen, L.:** Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.
- Spindler, G., Stilz, E. (Hrsg.):** Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., München 2015.
- Spoerlé, P.:** “Neue Transparenz- und Offenlegungspflichten”, Expert Focus 9/15, s. 733-745.
- Sudhoff, H.:** Unternehmensnachfolge, 5. Aufl., München 2005.
- Şener, O. H.:** Adi Ortaklık, Ankara 2008 (Anılış: Adi Ortaklık).
- Şener, O. H.:** Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2012 (Anılış: Ortaklıklar Hukuku).
- Tekil, F.:** Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998.
- Tekinalp, Ü.:** “Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul 2010, s. 1681-1699.
- Tekinalp, Ü.:** “Katılma İntifa Senetleri ‘Partizipationsschein’”, BATİDER, Aralık 1971, C. VI, s. 2, s. 297-312.
- Tekinalp, Ü.:** Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri Kamuyu Aydınlatma İlkesi İle-, 2. Bası, İstanbul 1979 (Anılış: Bilanço).
- Tekinalp, Ü.:** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015 (Anılış: Yeni Hukuk).

Teoman, Ö.: “Kurucu İntifa Senedi Sahiplerinin Kârdan Pay Alma Haklarının İlk Esas Sermaye Tutarı ile Sınırlı Olup Olmadığı Sorunu”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VII, Ankara 1990, s. 81-101 (Anılış: Kâr Payı).

Teoman, Ö.: “Sermaye Piyasası Kurulunun Tebliğine Göre Katılma İntifa Senetleri”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C. II: 1982 – 2001, İstanbul 2001, s. 9-21 (Anılış: Katılma İntifa Senetleri).

Teoman, Ö.: “Yeni Ticaret Kanunu’nun Pay Senetlerini Halka Arz Eden Bir Anonim Ortaklığın Kurucu İntifa Senetlerinin İptal Edilmesini Öngören Düzenlemesi”, BATİDER Haziran 2011, C. XXVII, S. 2, s. 5-12 (Anılış: İptal).

Teoman, Ö.: Anonim Ortaklıklarda İntifa Senetleri, İstanbul 1978 (Anılış: İntifa Senetleri).

Ulusoy, Y.: Anonim ve Limited Şirketlerde Kârın Tesbiti Dağıtımı ve Vergilendirilmesi, Ankara 1984.

Uysal, E.: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, İstanbul 2016.

Üçışık, G., Çelik, A.: Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt, Ankara 2013.

Ülgen, H., Helvacı, M., Kendigelen, A., Kaya, A.: Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2013.

Ülgen, H.: “Anonim Şirketlerde Kurucu İntifa Senetlerinin İlk Kuruluş Sermayesi ile Sınırlı Olduğunu Kabul Eden Yargıtay Kararları Üzerine”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VIII, Ankara 199, s.103-133.

Ünal, M.: Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, Ankara 2011.

Verse, D.A.: Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften, Tübingen 2006.

Vischer, F. (Hrsg.): Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht) (Hrsg.: Vischer, F.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zürich - Basel - Genf 2012.

Vischer, M.D.: “Die Geschäftsausübung für die AG in ihrem Gründungsstadium”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Zürich 2014, s. 63-73 (Anılış: Gründungsstadium).

Vischer, M.D.: “GAFI-Pflichten des Verwaltungsrat gemäss Art. 697m Abs. 4 OR bei der Ausübung von Aktionärsrechten”, Schweizerische Juristen-Zeitung 112/2016, s. 113-123.

Vogel, A., Heiz, C., Behnisch, U.R., Sieber, A.: FusG Kommentar, Fusionsgesetz, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2012.

Yanlı, V.: “Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı”, BATİDER, Mart 2014, C. XXX, S. 1, s. 5-32.

Yıldız, Ş.: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Rüçhan Hakkı Konusunda Getirilen Değişiklikler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), 2012, C.18, S. 2 (Özel Sayı), s. 809-817 (Anılış: Yenilikler).

Yıldız, Ş.: Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004 (Anılış: Eşit İşlem).

Yıldız, Ş.: Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul 1996 (Anılış: Yeni Pay Alma).

Yurtman (Demir), N.: Anonim Ortaklıklar ve Vergi Hukuku Yönünden İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı, İstanbul 1997.

Zöllner, W., Noack, U. (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1: §§ 1-75 AktG, 3. Aufl., Köln 2011.

Hukuk Türk – Hukuk Veri Tabanı (www.hukukturk.com)

İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 1991, Y.31

Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com)

TBMM 23. Dönem, 5. Yasama Yılı, Cilt: 90, 51’inci Birleşim Tutanağı (www.tbmm.gov.tr)

TBMM, 23. Dönem, 2. Yasama Yılı, S. Sayısı 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324) (www.tbmm.gov.tr)

Yargıtay Kararları Dergisi, C. XVI, S. 10